

**ქეთევან მჭედლიშვილი-
ჰედრიხის საიუბილეო
კრებული – 60**

**Festschrift für Ketewan
Mtschedlischwili-Hädrich zum
60. Geburtstag**

გამომცემლობა „მერიდიანი“
თბილისი 2021

რედაქტორისგან: კრებული ეძღვნება საქართველოს უნივერსიტეტის ასოცირებულ პროფესორის, ივ. ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტისა და იენის ფრიდრიხ შილერის უნივერსიტეტის მონვეული სპეციალისტის ქეთევან მჭედლიშვილი-ჰედრიხის 60 წლის იუბილეს. კრებულში წარმოდგენილია ქართული და გერმანული იურიდიული მეცნიერების სხვადასხვა თაობის წარმომადგენელთა მიერ შესრულებული სამეცნიერო ნაშრომები. აღნიშნული სტატიები ეძღვნება სამართლის აქტუალურ საკითხებს და მნიშვნელოვანია როგორც თეორიული, ასევე პრაქტიკული თვალსაზრისით. იგი დახმარებას გაუწევს სტუდენტებს, მეცნიერებს, პრაქტიკოსებსა და სხვა დაინტერესებულ პირებს.

რედაქტორი: **მაია ივანიძე**

ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის იურიდიული ფაკულტეტის პროფესორი

© გამომცემლობა „მერიდიანი“, 2021

© ავტორთა ჯგუფი

ISBN 978-9941-25-866-4



სარჩევი

მისასალმებელი სიტყვა

თამარ ზარანდია

დეკანის მილოცვა..... 9

მაია ივანიძე

გერმანიასა და საქართველოში ცნობილი იურისტი ქალბატონის
პორტრეტი (პროფესორ ქეთევან მჭედლიშვილ-ჰედრისს –
საიუბილეო მისალოცი ბარათი)..... 11

უდო ებერტი

მისასალმებელი სიტყვა პროფ. დოქ. ქეთევან მჭედლიშვილი-
ჰედრისის 60 წლისთავისადმი მიძღვნილი საიუბილეო
კრებულისათვის 17

ალბინ ეზერი

მისასალმებელი სიტყვა პროფ. დოქ. ქეთევან მჭედლიშვილი-
ჰედრისის 60 წლისთავისადმი მიძღვნილი საიუბილეო
კრებულისათვის 18

სტატიები ქართულ ენაზე

ნონა თოდუა

ქმედების თაღლითობად კვალიფიკაციის საკითხები 20

ირინა აქუბარდია

პოლიციის პრევენციული და რეპრესიული ღონისძიებების
გამიჯვნის პრობლემები..... 64

მერაბ ტურავა

სისხლის სამართალი, როგორც სოციალური წესრიგის
დაცვის უკანასკნელი საშუალება (კონსტიტუციური და
სისხლისსამართლებრივი ასპექტები)..... 90

მორის შალიკაშვილი

ჩიკაგოს სკოლის კრიმინალურ სუბკულტურული კვლევების
ფსიქოანთროპოლოგიური ასპექტები117

თამარ სადრაძე

სისხლის სამართლის საპროცესო უზრუნველყოფის ღონისძიების
სახით ყადაღის გამოყენების პრობლემური საკითხები.....164

დავით ბესტავაშვილი

ადევნების შემადგენლობის სისხლისსამართლებრივი ასპექტები.189

გელა ტყეშელაშვილი

ქმედების მცირე მნიშვნელობა სისხლის სამართალში217

ია ხახუბია

ფსიქიკური დარღვევების სიმულაციები სასამართლო
ფსიქიატრიაში278

ზურაბ გოგშელიძე

მცდელობის საკითხი არაპირდაპირი განზრახვით ჩადენილ
დანაშაულში304

გიორგი კაპანაძე

ევთანაზიის შედარებით-სამართლებრივი დახასიათება338

ანა კაპანაძე

უმოქმედობის მიზეზობრიობის საკანონმდებლო პრობლემატიკა
მედიცინის სისხლის სამართალში.....369

თამარ ნინოშვილი

ჯანმრთელობა, როგორც ლიმიტირებულად დისპონირებადი
სამართლებრივი სიკეთე და მისი განკარგვის უფლებამოსილების
თავისებურებანი387

დავით მაისურაძე

სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობის საკითხი
თვითმკვლელობაში თანამონაწილეობისათვის.....403

ნინო მიქავა

თვითნკრიმინაციისგან დაცვის პრივილეგიის ფარგლები.....419

დავით ქანთარია

ნასამართლობა და მისი მნიშვნელობა437

Deutsche Beiträge

Udo Ebert

Grußwort zur Festschrift für Frau Prof. Dr. Ketewan Mtschedlischwili-Hädrich zu ihrem 60. Geburtstag453

Albin Eser

Grußwort zur Festschrift für Professorin Dr. Ketewan Mtschedlischwili-Hädrich zu ihrem 60. Geburtstag454

Jörg Arnold/Dmitry A. Shestakov

Ein Kongressbericht456

Bernd Heinrich

Korruptionsstrafbarkeit und politische Eliten– Wo liegt die Grenze zwischen strafbarer Korruption und strafloser Vetternwirtschaft?474

Carsten Morgenroth

Die Corona-Pandemie an deutschen Hochschulen aus strafrechtlicher Sicht496

Martin Morlok

Vier Perspektiven des (juristischen) Entscheidens516

Nino Mtchedlishvili

Zum Begriff der „Sozialen Sicherheit“543

Frank Neubacher

Gewalt im Jugendstrafvollzug – Ein Überblick über Ergebnisse des Kölner Forschungsprojekts560

Martin Piazena

Die objektive Zurechnung des Erfolgs beim Fahrlässigkeitsdelikt und der Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens575

Silvia Tellenbach

Islamisches Strafrecht heute - Zum iranischen Strafgesetzbuch von 2013597

Martin Paul Waßmer

Das geplante deutsche Verbandssanktionengesetz616

მისასალმებელი სიტყვა

თამარ ზარანდია

ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის იურიდიული ფაკულტეტის დეკანი, თსუ პროფესორი

დეკანის მილოცვა

სიამოვნებით ვუერთდები იურიდიული ფაკულტეტის სისხლის სამართლის მიმართულებით ჩვენი პროფესორებისა და სტუდენტების ინიციატივას ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის მონვეული პროფესორის ქეთევან მჭედლიშვილი-ჭედრიხის საიუბილეო კრებულის გამოცემასთან დაკავშირებით. პროფესორი ქეთევან მჭედლიშვილი-ჭედრიხი უკვე წლებია თანამშრომლობს თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტთან, მის ალმა მატერთან.

ამჟამად ქალბატონი ქეთი ცხოვრობს და მოღვაწეობს გერმანიაში, ალსანიშნავია მისი გერმანული განათლება იენის ფრიდრიხ შილერის უნივერსიტეტში (საჯარო და სამოქალაქო სამართლის მაგისტრი), და ფრაიბურგის ალბერტ ლუდვიგის უნივერსიტეტში (დოქტორი სისხლის სამართლის მიმართულებით) და მოღვაწეობა მაქს-პლანკის უცხოეთის და ინტერნაციონალური სისხლის სამართლის ინსტიტუტში (გერმანია) მეცნიერ-ასისტენტად და იენის უნივერსიტეტში მეცნიერ-მუშაკად. იგი ერთგვარი ხიდია სისხლის სამართლის მიმართულებით ქართულ და გერმანულ სამეცნიერო წრეებს შორის და მისი ინიციატივითა და ჩართულობით არაერთი საინტერესო სამეცნიერო დისკუსია ჩატარდა.

თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის იურიდიულ ფაკულტეტზე იგი სტუდენტებს იენის უნივერსიტეტის იურიდიულ ფაკულტეტთან თანამშრომლობით სთავაზობს გერმანული სისხლის სამართლის შესავალ კურსს გერმანულ ენაზე (კურსი სასერთიფიკატოა და გამოცდის ჩაბარების შემთხვევაში გაიცემა სერთიფიკატი ორივე უნივერსიტეტის სახელით), ასევე გერმანულ და ქართულ სასამართლო

გადანყვეტილებებზე დამყარებულ შედარებითი მართლმსაჯულების კურსებს. აღსანიშნავია მისი ბოლოდროინდელი ინტერესის სფეროც, მედიცინის სიხლის სამართალი, რომელიც ქართული სინამდვილისთვის სრულიად ახალია. პროფესორი ქეთევან მჭედლიშვილი-ჭედრიხი არაერთი ძალიან ღირებული პუბლიკაციის ავტორია, როგორც ქართულ, ასევე გერმანულ ენებზე.

იგი იმ პროფესორთა რიცხვს მიეკუთვნება, რომელსაც გამორჩეული წვლილი მიუძღვის თანამედროვე ქართული სისხლის სამართლის განვითარებაში. ამასთან, იგი იმ მნიშვნელოვანი ტრადიციების გამგრძელებელია, რაც იურიდიული ფაკულტეტის სისხლის სამართლის მიმართულებაზე არსებობს. აღსანიშნავია მისი კვალიფიკაცია, აუდიტორიასთან ურთიერთობის შესანიშნავი უნარი, ჰუმანურობა და სამართლიანობა, რომელის მას ჩვენი სტუდენტებისათვის გამორჩეულად საყვარელ პროფესორად აქცევს.

გულითადად ვულოცავ პროფესორ ქეთევან მჭედლიშვილ-ჭედრიხს იუბილესა და წინამდებარე კრებულის გამოცემას. დარწმუნებული ვარ, კრებული საინტერესო იქნება იურიდიული საზოგადოებისათვის. ქალბატონ ქეთის კი, იურიდიული ფაკულტეტის სახელით, მადლობას ვუხდით ამ ნაყოფიერი თანამშრომლობისათვის, ვუსურვებ ჯანმრთელობას და წარმატებებს და ინტერესით ველოდები მის ახალ, აქტუალურ და საინტერესო პუბლიკაციებსა და ინიციატივებს.

მაია ივანიძე

ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტი, პროფესორი

**გერმანიასა და საქართველოში ცნობილი იურისტი
ქალბატონის პორტრეტი**

**(პროფესორ ქეთევან მჭედლიშვილ-ჰედრისს –
საიუბილეო მისალოცი ბარათი)**

ადამიანის ხასიათი მისი ცხოვრების განმსაზღვრელია – ეს გამონათქვამი კარგად ასახავს სინამდვილეს და ჩვენს შემთხვევაში არაჩვეულებრივი ბუნების მქონე ქალბატონის, პროფესორ ქეთევან მჭედლიშვილ-ჰედრისის ცხოვრების მთავარი მახასიათებელია.

ქეთევანის ლამაზი ხასიათი და ბუნება მის სანწყისს და დასაბამს ლალი ბავშვობიდან იღებს.

... მთელს ჰორიზონტზე გადაჭიმული კავკასიონი და ალაზნის ველზე განოლილი ღრუბლების ჩრდილი – მისი ბავშვობის საოცარი შთაბეჭდილებაა. ყველა ეს მოგონება უკავშირდება ანაგას, სიღნაღს და დედუღეთს – ახმეტის რაიონის სოფელ – მატანს – ულამაზეს სოფელს, სადაც წყაროც ახლოს არის, ტყეცა და მინდორიც,

ამიტომაც ზაფხულის არდადეგების ლამაზი მოგონებები ქალბატონი ქეთევანისთვის დედუღეთთან, მატანში გატარებულ სითბოსთან გახლავთ დაკავშირებული.

... საუკეთესო სკოლა ჰქონია. ძალიან უყვარდა მასწავლებლები, სკოლის ამხანაგები და მეგობრები სამეზობლოდან. ეს ურთიერთობები დღესაც გრძელდება და უწყვეტად აკავშირებს ბავშვობის საოცარ წლებთან.

ქალბატონი ქეთევანის ოჯახი ყოველთვის სტუმართმოყვარეობით გამოირჩეოდა. ერთი უზარმაზარი გასაშლელი მაგიდა ჰქონდათ, რომელიც დიდი სტუმრობიანობისას იშლებოდა. ეს მაგიდა დაკეცილი სახით კი, როგორც თავად ქეთევანი აღწერს, ბავშვობისას კარგი სამალავი იყო.

მათ ოჯახში ხშირად იკრიბებოდნენ ლიტერატურის მოყვარული ადამიანები და ქალბატონი ქეთის გადმოცემით, მათი საუბრები ახალგაზრდა თაობაში ინტერესს იწვევდა. ... თუმცა მისი ბავშვობის მთავარი გატაცება მაინც წიგნი იყო. კითხვა ოთხი წლის ასაკში უსწავლია. მისი მშობლები ფილოლოგები იყვნენ, წიგნებისა და ლიტერატურის სიყვარულით გამოირჩეოდნენ და საკმაოდ დიდი ბიბლიოთეკაც ჰქონდათ.

ქალბატონი ქეთევანის დედა ვაჟას მოტრფიალე გახლდათ, მისი რამოდენიმე პოემა ზეპირად სცოდნია და შვილებს ხშირად ამ პოემებს უკითხავდა.

ქალბატონი ქეთევანის მშობლებს საოჯახო ბიბლიოთეკაში წიგნები ისე ჰქონდათ დალაგებული, რომ ასაკის მატებასთან ერთად შვილებს თაროდან მათი ჩამოღება შეძლებოდათ. დედა თვალყურს ადევნებდა, თუ რას კითხულობდნენ მისი შვილები და იყო თუ არა ასაკის შესაფერისი მათ მიერ ამორჩეული ლიტერატურა. ბუნებრივია სამივე ქალიშვილის მიმართ, ამ მხრივ, რჩევებს არ იშურებდა.

ქალბატონი ქეთევანი ხალისით იხსენებს იმ ამბავს, რომ გარეთ სათამაშოდ გასული ჩუმად შემობრუნდებოდა ხოლმე, წიგნს მაგიდის ქვეშ შეიტანდა და იქ კითხულობდა...

ქეთევან მჭედლიშვილის ბავშვობას კიდევ ბევრი საინტერესო გატაცება უკავშირდება. უდიდესი სიამოვნებით უცქეროდა ტელევიზიით ფიგურული სრიალს, გამოირჩეოდა თეატრალური წარმოდგენებისა და ბალეტის სიყვარულით ... მისი მუსიკალური გემოვნების ჩამოყალიბებაზე მისსავე შვიდწლედის პედაგოგებმა იზრუნეს.

ქალბატონ ქეთევანს ბავშვობიდანვე ძალიან ჰყვარებია სიღნაღის თეატრი და ანაგის მამაკაცთა გუნდი. ისინი ხომ „ჩაკრულოსა“ და „მრავალჟამიერს“ საოცრად მღეროდნენ.

აკი აღვნიშნეთ, რომ ლალი ბავშვობა და ბავშვობისას შექმნილი უნარ-ჩვევები, თითოეული ჩვენთაგანისთვის მთელი ცხოვრების თანამდევია. დღესაც ქალბატონი ქეთევანის მთავარი გატაცება უპირველესად წიგნია. მართალია მას ელექტრონულადაც ხშირად უწევს კითხვა, მაგრამ ამით დიდ კმაყოფილებას ვერ გრძნობს. გერმანელებს ელექტრონულ ინფორმაციასთან დაკავშირებით ერთი გამოთქ-

მა აქვთ “რასაც ხელს არ მოჰკიდებ, იმას ვერც გააცნობიერებო” – ამ გამონათქვამს პროფესორი ქალბატონი წიგნსა და მასთან შეხებას უკავშირებს. თუმცა იმავედროულად მოხარულია, რომ ინტერნეტმა გააადვილა თეატრალური, საოპერო და კინოხელოვნების შედეგებზე წვდომა.

ქალბატონი ქეთევანის კიდევ ერთ გატაცებას მხატვრობა წარმოადგენს. ყველზე დიდ სიამოვნებას მას ფრესკული მხატვრობა და ძველ ოსტატთა ტილოები ანიჭებს. ზოგადად ადამიანის მხატვრულ ნიჭს იგი დიდ პატივს სცემს. რაც შეეხება სპორტს – ასეთი გატაცება არასდროს ჰქონია, მაგრამ გერმანიაში ცხოვრებამ აქტიური დასვენება, ველოსიპედის სიყვარული და ტყეში სეირნობა ასწავლა.

მეცნიერებათა აკადემიის ეკონომიკისა და სამართლის ინსტიტუტის ასპირანტურაში სწავლისას ქეთევანს ამ ინსტიტუტის სამართლის სექციის სამეცნიერო საბჭომ განსაკუთრებული აკადემიური წარმატების გამო ლენინის სახელობის სტიპენდია დაუნიშნა, რომელიც მას არ აუღია, რადგან იგი 1987 წელს მაშინდელი გერმანიის დემოკრატიული რესპუბლიკის მოქალაქეზე გათხოვდა და 1988 წელს საქართველოდან წავიდა. გერმანიაში გადასვლის წინა დღეს ქეთევანს მისმა სამეცნიერო ხელმძღვანელმა, ბატონმა თამაზ შავგულიძემ, თავისი წიგნები აჩუქა და ერთ-ერთ წიგნს წაანერა:

„ქეთევან მჭედლიშვილს, პატივისცემითა და იმედით, რომ არ დაეკარგება საქართველოს.“

ქალბატონი ქეთევანი დღემდე გულმოდგინედ ასრულებს ცნობილი მეცნიერის ამ თხოვნას.

ქეთევანს და მის მეუღლეს ორი ვაჟი შეეძინათ. სამივე ტექნიკური მეცნიერებების წარმომადგენლები არიან და ყველანაირად უწყობენ მას ხელს სამეცნიერო საქმიანობაში.

მისი ყოველი ჩამოსვლა საქართველოში ძალზე ნაყოფიერია, როგორც სამეცნიერო თვალსაზრისით, ისე კოლექციალურად. ის ყოველთვის გვახალისებს, საინტერესო იდეებს გვთავაზობს და საოცარ ენერგიას ასხივებს. ამ ყველაფერს კი თავისებურად გვიხსნის – წარმატების მიღწევას მარტოსული იშვიათად შეძლებსო – ჩემს გვერდით მუდამ არის როგორც ქართული, ისე გერმანული ოჯახი

და მეგობრების დიდი წრე. ჩემი მხრიდან კი „უნწყვეტი განათლების“ სიყვარული და დაულალავი შრომა დავამატეო.

იურისტის პროფესიაზე მსჯელობისას იგი ასევე ხაზს უსვამს „უნწყვეტი განათლების პროცესს.“

მისი შეფასებით, იურისტის ძირითადი საქმიანობა სამართლებრივი ნორმის ინტერპრეტაციაა და ვინაიდან თითოეული დღე თითქმის ახალ სამართლებრივ ნორმას გვთავაზობს, აქ უკვე სამართლის ზოგადი პრინციპების გვერდით, სამართლის ისტორიის, სამართლის პოლიტიკის, სამართლის სოციოლოგიის ცოდნა აუცილებელია. ამიტომაც არის საჭირო ცოდნის განახლების მუდმივი და უწყვეტი პროცესი.

ქეთევანის დამოკიდებულება ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტთან, სტუდენტებთან პროფესორებთან, ასევე გამორჩეულია. მისი სურვილია თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტში მუდამ ჩქეფდეს სტუდენტური ცხოვრება. განსაკუთრებულად სურს, რომ უნივერსიტეტის ბიბლიოთეკა ყოველთვის დატვირთული იყოს სტუდენტებით – იგი დილის 10 საათზე უნდა იხსნებოდეს და მინიმუმ 22 საათამდე არ უნდა წყვეტდეს მუშაობას. მისი შეხედულებით, საუნივერსიტეტო სივრცეს მეტად ამშვენებს სტუდენტური კაფეტერიები, სადაც სტუდენტების გვერდით პროფესორებიც მიერთმევენ ყავას.

ქალბატონი ქეთევანი სტუდენტების მიმართ გულისხმიერი და კოლეგიალური, მეგობრული დამოკიდებულებით გამოირჩევა. მისივე შეფასებით სოლიდურ ცოდნას საძირკველი ლექციებზე დასწრებითა და წიგნზე მუშაობით ეყრება.

იგი მომავალ მეცნიერებს ცხოვრებისეულ გამოცდილებასაც ხშირად უზიარებს და ურჩევს, რომ აკადემიურმა შრომამ დიდი გატაცება იცის და წიგნებში ჩაფლულმა მომავალმა მეცნიერებმა გართობა, პირადი ცხოვრების მონყობა, ოჯახი და მეგობრები არ უნდა დაივიწყონ.

სისხლის სამართალი პროფესორმა ქეთევან მჭედლიშვილმა ჯერ კიდევ უნივერსიტეტში სწავლისას გაითავისა და შეიყვარა. იგი ამ დარგით დაინტერესებულ ახალგაზრდებს ნლების განმავლობაში

სიყვარულით გადასცემს ცოდნას და საოცარი გრძნობა ეუფლება, როდესაც იმ აუდიტორიაში ატარებს ლექციას, რომელიც სტუდენტობიდან ახსოვს. მისთვის ხომ უნივერსიტეტის თეთრ ტაძარში, ნებისმიერ ამპლუაში შესვლაუფლის საჩუქარია.

ქალბატონი ქეთევანი ქართველ და გერმანელ კოლეგებს შორის შესანიშნავი „ხიდია“. სისხლის სამართლის არაერთ პრობლემატიკას მიეძღვნა საერთაშორისო კონფერენციები, რომელიც ქალბატონი ქეთევანის თაოსნობითა და უშუალო მონაწილეობით განხორციელდა და მასში ქართველმა და გერმანელმა კოლეგებმაც მიიღეს მონაწილეობა.

რაც შეეხება უშუალოდ სისხლის სამართალს – ქალბატონი ქეთევანი მისთვის ჩვეული, საინტერესო მოსაზრებებით გვანებივრებს. თუკი სისხლის სამართლის კანონმდებლობაში შესატან გარკვეულ ცვლილებებს შევხებოდით, ამ კუთხით მას ორიგინალური საკითხები აქვს. კერძოდ, მისი დიდი სურვილია მოსამართლეს საკანონმდებლო კუთხით იმის შესაძლებლობა მიეცეს, რომ განსაკუთრებული გარემოებების არსებობისას კანონით გათვალისწინებულზე უფრო მსუბუქი სასჯელის დანიშვნა შეეძლოს. ეს საკითხი 1961 წლის სისხლის სამართლის კოდექსით ხომ ამგვარად იყო მოწესრიგებული.

მისივე შეფასებით, ქართულ სისხლის სამართალში, აკრძალვამი შეცდომის (სსკ-ის 36-ე მუხლი) საკანონმდებლო-მეცნიერული და პრაქტიკული გაგება ერთმანეთს ხშირად არ ემთხვევა. სსკ-ის 36-ე მუხლი ცალსახად ეყრდნობა განზრახვის თეორიას, პრაქტიკა კი ამ მუხლს ბრალის თეორიით განმარტავს. ქალბატონი ქეთევანის მოსაზრებით, იგი აკრძალვამი შეცდომას ისე დააკონკრეტებდა, რომ პრაქტიკას სხვაგვარი ინტერპრეტაციის შესაძლებლობა აღარ მისცემოდა. მისივე მეცნიერული შეხედულებით, საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსში განზრახვის თეორიის დაკონკრეტება უფრო მისაღებია, ვიდრე კანონმდებლობის ბრალზე აწყობა.

ქეთევან მჭედლიშვილი-ჭედრიხი არაერთი საინტერესო პუბლიკაციის, მონოგრაფიისა და სახელმძღვანელოს ავტორია. მისი შემოქმედებითი ბუნების დამსახურებით, იგი მუდამ სიახლის ძიებაშია. მისი პოზიტივი კი ყოველთვის გადამდები და მომხიბვლელია.

2019 წელს გერმანიაში გამოიცა წიგნი „საზღვარგარეთის სისხლის სამართლის მეცნიერება ავტოპორტრეტებში“, რომელშიც მსოფლიოს სხვადასხვა ქვეყნის 24 მეცნიერის ავტობიოგრაფიაა მოთავსებული. გვიხარია, რომ საქართველოდან ბატონ ოთარ გამყრელიძის ბიოგრაფიასთან ერთად ქალბატონი ქეთევანის ბიოგრაფიაც ამ წიგნში მოხვდა.

კიდევ ერთი გამორჩეული თვისება აქვს ჩვენს ქეთევანს. ყველა სიტუაციაში საოცრად გულისხმიერია და კონკრეტული ვითარებიდან გამომდინარე გამოსავალსაც ადვილად პოულობს. იგი არაჩვეულებრივად მოსაუბრეა და მისი რჩევებიც გამორჩეულია. არა აქვს მნიშვნელობა ეს რჩევები პროფესიას ეხება, ცხოვრებისეულ გამოცდილებასა თუ უბრალოდ ადამიანურ სიტბოს – ამ ყველაფერს იგი უშურველად გასცემს.

მის საქართველოში ჩამობრძანებას ყოველთვის მოუთმენლად ველოდები და ვიცი, რომ ჩემსავით არაერთი ადამიანი ელოდება ძვირფას ქალბატონს.

ასეთი გახლავთ „პორტრეტი“ გერმანიასა და საქართველოში ცნობილი იურისტი ქალბატონისა, რომელსაც გვსურს საიუბილეო თარიღი მივულოცოთ და როგორც არაჩვეულებრივ დედას, ქალბატონს, მეუღლესა და კოლეგას ყველაფერი საუკეთესო ვუსურვოთ. ის ხომ თავისი საქმის საოცარი პროფესიონალია და დიდი წარმატებები მას ამ კუთხით.

დიდი სიყვარულითა და პატივისცემით,
ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნი-
ვერსიტეტის იურიდიული ფაკულტეტის
პროფესორი **მაია ივანიძე**

პროფ. დოქ. უდო ებერტი

მისასალმებელი სიტყვა

პროფ. დოქ. ქეთევან მჭედლიშვილი-ჰედრიხის 60 წლისთავისადმი მიძღვნილი საიუბილეო კრებული

სტუდენტობისას ჩემს სისხლის სამართლის ლექციებზე ქალბატონი ქეთევან მჭედლიშვილი-ჰედრიხი სხვა სტუდენტებისაგან ცოცხალი ინტერესით, გონებამახვილობით, მიზანმიმართულობითა და კარგი მანერებით გამოირჩეოდა. ჩემს კათედრაზე მეცნიერმუშაკად მუშაობისას კი მე მას ვაფასებდი როგორც ამ თვისებების, ასევე მისი ინტელექტუალური შესაძლებლობების, შრომისმოყვარეობის და პრაქტიკული ხასიათის გამო.

ინტერესითა და აღტაცებით გავეცანი მისი ცხოვრების ისტორიას, რასაც მე ნაწილობრივ თავად შევესწარი და რომელიც მან აღწერა თავის სამეცნიერო ავტობიოგრაფიაში სახელწოდებით - „ჩემი გზა გერმანული სისხლის სამართლისაკენ.“ სხვადასხვა სახელმწიფოებში, პოლიტიკურ სისტემებსა და სამართლებრივ სისტემებში განვლილმა ცხოვრებისეულმა გზამ მას ღირებული გამოცდილება და მრავალფეროვანი პერსპექტივა შესძინა, რამაც მისეულ გამჭრიახობასა და ანალიზის სიღრმესთან კავშირში უხვი ნაყოფი გამოიღო და კვლავაც გამოიღებს ორივე, როგორც გერმანული, ასევე ქართული სამართლებრივი სისტემის სასარგებლოდ.

მის ცხოვრებაში ყველაფერს თავისი ადგილი აქვს მიჩენილი: ოჯახს (როგორც ქართულს, ასევე გერმანულს), მეცნიერებას და ყოვლისმომცველ სოციალურ ურთიერთობებს. იგრძნობა მისი დამოუკიდებლობა და სიხარული, რითაც ქალბატონი მჭედლიშვილი-ჰედრიხი ყველა ამ სფეროში მოძრაობს. ვულოცავ მას 60 წლის იუბილეს და ვუსურვებ ყოველივე საუკეთესოს პროფესიულ და პირად ცხოვრებაში.

მისასალმებელი სიტყვა

პროფ. დოქ. ქეთევან მჭედლიშვილი-ჭედრიხის 60 წლისთავისადმი მიძღვნილი საიუბილეო კრებულისათვის

მოხარული ვარ, რომ მე, ქეთევან მჭედლიშვილი-ჭედრიხის სამეცნიერო ხელმძღვანელს („Doktorvater“) მისთვის 60 წლის იუბილის ამგვარად მილოცვა შემიძლია. მყისიერად მახსენდება ოთხმოცდაათიანი წლები, როდესაც იგი ფრაიბურგში პირველად ჩამოვიდა და ჩემი ხელმძღვანელობით სამართალშედარებითი სადოქტორო თემის დამუშავების ნებართვა მთხოვა. მზაობის გადამწყვეტილების მიღება არ გამჭირვებია: ერთი მხრივ, პიროვნული თვალსაზრისით, რადგან ჩემზე შთაბეჭდილება მოახდინა მისმა კეთილგანწყობილად გამოხატულმა მეცნიერულმა ენთუზიაზმმა, უცხოენოვანი დოქტორანტი-სათვის გერმანულ ენაზე ნაშრომის დასაწერად მნიშვნელოვნად გაზრდილი სიძნელეების შიშის გარეშე; და მეორე მხრივ, საგნობრივი თვალსაზრისითაც, რადგან სწრაფად იქნა ნაპოვნი ორივესათვის საინტერესო თემა, კერძოდ, დასავლეთევროპული სისხლის სამართლის ტრადიციით კრიტიკულად დანახული დანაშაულის ელემენტი, სოციალისტური წარმოშობის მატერიალური საზოგადოებრივი საშიშროება. ის, რაც ქეთევანმა ამასთან დაკავშირებით უპირველესად ქართული გადმოსახედიდან წარმოადგინა როგორც სამართლის ხანგრძლივი ისტორიის, ასევე დანაშაულის სოციალისტური თეორიის ღრმა ანალიზით, მისი, როგორც პოსტსაბჭოთა სივრციიდან პირველი დოქტორანტის შექებას იმსახურებს. ის, რომ მან ამითი წარმატებული აკადემიური კარიერის შესანიშნავი საფუძვლის და ამასთან განსაკუთრებით, როგორც მითხრეს, სისხლის სამართლის სწავლებისათვის მასალის შექმნა შეძლო, რაც იქამდე საქართველოში ცნობილი არ იყო, რა თქმა უნდა, ჩემთვისაც სიხარულის მომნიჭებელია.

მომდევნო წლებში იენასთან დიდი დაშორება მხოლოდ წერილობით და სატელეფონო კავშირის შესაძლებლობას იძლეოდა, 2018 წლის მაისში კი მედიცინის სისხლის სამართლის კონფერენციაზე

ვურცბურგში მოულოდნელად შევხვდით ერთმანეთს. ამასთან ჩემთვის ახალიც და სასიხარულოც იყო ის ამბავი, რომ ქეთევანი ამასობაში სამართლის ამ დარგშიც საქმიანობს. ისე, როგორც მახსოვდა, მახვილგონივრულად და გაბედულად, ამჯერად თანამედროვე მედიცინის სისხლის სამართლის დასკვნების საქართველოში პოპულარიზაციისათვის, მან მსგავსი ინტერდისციპლინური კოლოქვიუმის თბილისში ჩატარების იდეა უკვე ამ კონფერენციაზე განავითარა. ეს გეგმა მისი შეუპოვრობის ნყალობით 2019 წლის ივლისში დასამახსოვრებელ რეალობად იქცა. ამას გარდა, ჩემი მეუღლისა და ჩემთვის ამ მოგზაურობის მიმზიდველობა გაზარდა ქეთევანის სტუმართმოყვარეობამ და ზრუნვამ, ჩვენთვის მისი სამშობლოს ბუნებისა და კულტურის გასაგები სიამაყით გაცნობისას.

საპატიო იუბილარისათვის გულწრფელი მადლობის გადასახდელოდ მრავალი მიზეზი არსებობს: პირველ რიგში, სამართალმე-დარებითი კავშირები ქართულ და გერმანულ სისხლის სამართლის მეცნიერებათა შორის, მისი დიდაქტიკურად ახლებური პუბლიკაციები სისხლის სამართლის დოქტრინაში, ხედვის სფეროს გაფართოება მედიცინის სისხლის სამართლის მიმართულებით და ბოლოს და არანაკლებ მნიშვნელოვანია, მისი მუდამ სასიამოვნო დამოკიდებულება მეგობრებთან და კოლეგებთან. ვუსურვოთ მას უპირველეს ყოვლისა, ჯანმრთელობის და კვლევითი სულისკვეთების შენარჩუნება მრავალი წლის განმავლობაში.

ნონა თოდუა

ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის პროფესორი, სამართლის დოქტორი

ქმედების თაღლითობად კვალიფიკაციის საკითხები

ქმედების თაღლითობად კვალიფიკაცია ერთ-ერთი პრობლემური საკითხია, რასაც დიდი მნიშვნელობა აქვს არა მხოლოდ საკუთრების წინააღმდეგ მიმართულ დანაშაულთა კვალიფიკაციის, არამედ სამოქალაქო და სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობის გამიჯვნის თვალსაზრისით.

თაღლითობა საკუთრების წინააღმდეგ მიმართული დაუფლებითი დანაშაულია,¹ რაც ხორციელდება მოტყუების გზით. კერძოდ, თაღლითობისას სხვისი ქონების დაუფლების ერთადერთი ხერხია მოტყუება.

1. რას ნიშნავს, რომ თაღლითობისას მოტყუება ნივთის დაუფლების ხერხია?

ეს იმას ნიშნავს, რომ აუცილებელია: ა) მოტყუება წინ უძღოდეს სხვისი ქონების დაუფლებას; ბ) მოტყუება გამოყენებული უნდა იყოს ნივთის დაუფლების ხერხად და არა ნივთის სხვა ხერხით დაუფლების გაადვილების საშუალებად.

მათ შორის პრინციპული განსხვავებაა.

კერძოდ, თაღლითობისას მოტყუებული პირი - სულ ერთია, დაზარალებულია იგი, თუ სხვა (მაგალითად, ნოტარიუსი), ფორმალურად ნებაყოფლობით გადასცემს დამნაშავეს ნივთს (ან ქონებრივ უფლებას) დროებით ან უვადო მფლობელობაში მისი თავისუფალი სარგებლობის უფლებით, ანდა გადასცემს მას საკუთრებაში.

ამდენად, თაღლითობის დამთავრებული შემადგენლობის არსებობისას დამნაშავეს მოპოვებული აქვს ხელში ჩაგდებული ნივთის არა მხოლოდ ფლობის ან სარგებლობის, არამედ ასევე მისი განკარგვის ფაქტობრივი შესაძლებლობა. შესაბამისად, მას არა მხოლოდ ხელში

¹ საკუთრების წინააღმდეგ მიმართული დაუფლებითი დანაშაულისათვის დამახასიათებელი ნიშნების შესახებ, იხ. ნ. თოდუა, ნიგნში: სისხლის სამართალი, კერძო ნაწ., ნიგნი პირვ., რედ. გ. მამულაშვილი, მ. თოდუა, თბ. 2019, გვ. 456-469.

აქვს ჩაგდებული სხვისი ქონება (შესაძლოა, არც ჰქონდეს იგი ხელში ჩაგდებული), არამედ რაც მთავარია, მიცემული აქვს მისი განკარგვის (იურიდიული ბედის გადანყვეტის) ფაქტობრივი შესაძლებლობა.²

შესაბამისად, თაღლითობა უნდა გაიმიჯნოს ისეთი შემთხვევისაგან, როცა დამნაშავე მოტყუებას იყენებს **არა ნივთის დაუფლების** ხერხად, არამედ მისი სხვა ხერხით (მაგალითად, ფარულად) დაუფლების გაადვილების საშუალებად.

საერთოდ, მოტყუება შეიძლება გამოყენებული იყოს ნივთის არა მხოლოდ ფარულად, არამედ ნებისმერი სხვა (თუნდაც ყაჩაღური) ხერხით გაადვილების საშუალებად.

მაგალითები:

ა) პეტრე მოტყუებით შევიდა მოქალაქის ბინაში, როგორც ვითომც ქალაქის მერიის შესაბამისი სამსახურის თანამშრომელი, რომელსაც თითქოს ევალებოდა შენობის სიმყარის მდგომარეობის შემოწმება. მან ისარგებლა ბინის პატრონის უყურადღებობით და ჩანთაში ჩაალაგა ძვირფასი ნივთები, რომელიც ბინიდან გასვლისას თან წაიღო.

სახეზეა ქურდობა ბინაში უკანონო შეღწევით, სადაც მოტყუება გამოყენებულია არა ნივთის დაუფლების ხერხად, არამედ ნივთის ფარულად დაუფლების გაადვილების საშუალებად (მოტყუებით შეაღწია სხვის ბინაში და მიეცა იქ არსებულ ნივთთან ფაქტობრივი წვდომა). ნივთის დაუფლება მოხდა არა მოტყუებით, არამედ ფარულად. კერძოდ, მან მესაკუთრისაგან შეუჩნევლად ჩაალაგა ნივთები ჩანთაში (ქურდობის მცდელობა ბინაში უკანონო შეღწევით) და ასევე შეუმჩნევლად გაიტანა ისინი ბინიდან (ბინაში შეღწევით ქურდობის დამთავრებული სტადია).

ანდა, პეტრემ ქუჩაში გამვლელ მოქალაქეს სთხოვა მობილური ტელეფონით ერთჯერადად სარგებლობის უფლება. როცა მოქალაქემ მას ტელეფონი გადასცა, პეტრემ ისარგებლა მისი უყურადღებობით და ტელეფონთან ერთად ჩუმად გაიპარა.

სახეზეა ქურდობა, სადაც მოტყუება გამოყენებულია ქურდობის

² იხ. მ. ლეკვიშვილი, ნ. თოდუა, წიგნში: სისხლის სამართალი, კერძო ნაწ., წიგნი პირვ., რედ. გ. მამულაშვილი, მ. თოდუა, თბ. 2019, გვ. 506.

გასაადვილებლად.

ბ) პეტრემ ქუჩაში გამვლელ მოქალაქეს სთხოვა მობილური ტელეფონით სარგებლობის უფლება იმ საბაბით, რომ თითქოს სურდა ოჯახის წევრთან დაკავშირება. როცა მოქალაქემ მას გადასცა ტელეფონი, პეტრე თავხედურად გაიქცა და ტელეფონის თან წაიღო.

სახეზეა ძარცვა, რადგან ისევე როგორც ზემოთ მოყვანილ მაგალითში, აქაც მოტყუება იყო ტელეფონის არა დაუფლების, არამედ მისი ხელში ჩაგდების ხერხი.

ამდენად, ერთმანეთისაგან უნდა გაიმიჯნოს **„ნივთის ხელში ჩაგდება“** და **„ნივთის დაუფლება“**.

ნივთის ხელში ჩაგდება ჯერკიდევ არ ნიშნავს მის დაუფლებას. იგი ქმედებაა, ხოლო დაუფლება კი - შედეგი.³

ნივთის ხელში ჩაგდების დროს პირი ფიზიკურად ფლობს ნივთს, შეუძლია ისარგებლოს მისით, მაგრამ ჯერ არა აქვს მისი განკარგვის (გაყიდვის, გაცვლის და ა.შ.) ფაქტობრივი შესაძლებლობა.

ნივთის დაუფლება კი ნიშნავს მისი განკარგვის (იურიდიული ბედის გადანყვეტის) ფაქტობრივი შესაძლებლობის არსებობას.

მოცემულ მაგალითში ნივთის დაუფლებას ადგილი ჰქონდა მაშინ, როცა პეტრე მოშორდა მესაკუთრის ადგილსამყოფელს, რაც განხორციელდა აშკარად და გამოიხატა მესაკუთრის თვალწინ, ხელში ჩაგდებულ ნივთთან ერთად გაქცევაში. ამ დროიდან მიეცა პეტრეს მისი განკარგვის (გაყიდვის, სხვა ნივთში გაცვლის, გასაჩუქრების და ა.შ.) შესაძლებლობა. მანამდე კი მხოლოდ ხელში ჰქონდა ნივთი ჩაგდებული და ჰქონდა მისით ერთჯერადი სარგებლობის შესაძლებლობა, თანაც ამ ნივთის სივრცეში თავისუფალი გადაადგილების უფლების გარეშე.⁴

გ) პეტრემ მოტყუებით გამოართვა რა ტელეფონი მოქალაქეს, დანის მუქარით მოსთხოვა, არ ამოელო ხმა, თავად კი ტელეფონთან

³ იხ. მ. ლეკვეიშვილი, ნ. თოდუა, ნიგნში: სისხლის სამართალი, კერძო ნაწ., ნიგნ პირვ., რედ. გ. მამულაშვილი, მ. თოდუა, თბ. 2019, გვ. 506.

⁴ თუ რატომ აქვს გადამწყვეტი მნიშვნელობა ნივთის განკარგვის შესაძლებლობას საკუთრების წინააღმდეგ მიმართულ დაუფლებით დანაშაულებში, იხ. ნ. თოდუა, ნიგნში: სისხლის სამართლის კანონმდებლობის ლიბერალიზაციის ტენდენციები საქართველოში, რედ. ნ. თოდუა. თბ. 2016, გვ. 108-122.

ერთად გაიქცა.

სახეზეა ყაჩაღობა, სადაც მოტყუება გამოყენებულია სიცოცხლისათვის საშიში ძალადობის მუქარით ნივთის დაუფლების **გადღვილების საშუალებად**, მაგრამ არა ნივთის დაუფლების ხერხად. კერძოდ, ნივთი მან ხელთ იგდო მოტყუებით, ვითომც მისი ერთჯერადად გამოყენების მიზნით (და არა სივრცეში თავისუფალი გადაადგილების უფლებით). შემდეგ კი სიცოცხლისათვის საშიში ძალადობის მუქარით მოახდინა რა მსხვერპლის ნების პარალიზება, მოსთხოვა მან, ხმა არ ამოელო ხელში ჩაგდებული ნივთის დასაბრუნებლად. სხვაგვარად რომ ვთქვათ, პეტრემ მოტყუებით ხელთ იგდო ნივთი, ხოლო მისი დაუფლების ხერხად კი გამოიყენა საშიში ძალადობის მუქარა (რა თქმა უნდა, ყაჩაღობისას არა აქვს მნიშვნელობა, შესძლო თუ არა პეტრემ ამ ნივთის დაუფლება. მთავარია, რომ საშიში ძალადობის მუქარა აქეთკენ იყო მიმართული).

2. თაღლითობის გამიჯვნა სხვა სახის დაუფლებითი დანაშაულისაგან

ამ თვალსაზრისით ხაზგასმით უნდა აღინიშნოს შემდეგი:

მართალია, თაღლითობისას მოტყუებული პირი დამნაშავეს ნებაყოფლობით გადასცემს ნივთს მისი სივრცეში გადაადგილების უფლებით,⁵ მაგრამ ეს ფაქტი (ნივთის დამნაშავეზე უფადოდ გადაცემა) **ყოველთვის არ გვაძლევს** ქმედების თაღლითობით კვალიფიკაციის საფუძველს.

განვიხილოთ ეს საკითხი შემდეგ მაგალითზე:

პეტრემ შეიტყო, რომ დავითს აქვს დაკეტილი ბინა, რომელშიც უამრავი ძვირფასეულობა ინახება. მათი დაუფლების მიზნით, მორგებული გასაღების გამოყენებით მან შეაღწია აღნიშნულ ბინაში და წინასწარ გამზადებული ორი ჩემოდანი ძვირფასი ნივთებით გაავსო. ბინის გასასვლელთან რომ მივიდა, კარების გაღების ხმა შემოესმა. იგი მიხვდა, რომ ბინის პატრონი შემოდოდა ბინაში. პეტრემ სასწრაფოდ მიყარა ჩემოდნები შესასვლეში, ოთახში შებრუნდა და დი-

⁵ იხ. მ. ლეკვიშვილი, ნ. თოდუა, ნიგნში: სისხლის სამართალი, კერძო ნაწ., ნიგნ პირვ., რედ. გ. მამულაშვილი, მ. თოდუა, თბ. 2019, გვ. 499.

ვანზე წამოჯდა.

ბინაში შემოსულ დავითს გაუკვირდა უცხო ადამიანის ყოფნა. პეტრემ მას აუწყა სახელდახელოდ შეთხზული ლეგენდა იმის შესახებ, რომ იგი არის უბინაო ლტოლვილი და მერიამ ეს-ესაა დროებით შემოასახლა დაკეტილ ბინაში. ნათქვამის მეტი დამაჯერებლობისთვის პეტრემ დავითს უჩვენა თავისი ჩემოდნები, რომელშიც თითქოს მისი ნივთები ელაგა.

დავითსა და პეტრეს შორის უსიამოვნო საუბარი წარიმართა და ბოლოს დავითმა პეტრე გააგდო ბინიდან და მისი ჩემოდნებიც მიუყარა.

პეტრესაც ეს უნდოდა - დაავლო ჩემოდნებს ხელი და სასწრაფოდ დატოვა შემთხვევის ადგილი.

საკითხავია, პეტრეს მიერ ქურდობაა ჩადენილი, თუ თაღლითობა?

საკითხი სადავოა, რადგან პეტრეს მიერ გამოყენებულია როგორც ფარული, ისე მოტყუების ხერხი. კერძოდ, ბინაში შეღწევა, ნივთების მოძიება და ჩემოდანში ჩალაგება განხორციელდა ფარულად. ამდენად, როცა პეტრე გამზადებული ჩემოდნებით ხელში მივიდა ბინის გასასვლელთან, სახეზე იყო ქურდობის დამთავრებული მცდელობის სტადია, კერძოდ, ქურდობის მცდელობა ბინაში უკანონო შეღწევით (19, 177-ე მ. მე-3 ნაწ.). მას სხვისი ნივთი ფარულად ჰქონდა ხელთ ჩაგდებული (მაგრამ ჯერ არ იყო სახეზე მათი დაუფლება).

სწორედ ამ სტადიიდან დასჭირდა პეტრეს მოტყუების გამოყენება, რათა დაუფლებოდა ხელში ჩაგდებულ ნივთებს. მან მოატყუა ნივთების მესაკუთრე, რომ დროებით შემოსახლებული იყო ამ ბინაში და ჩემოდანში მისი პირადი ნივთები ელაგა. დავითმა ირწმუნა, რომ ჩემოდნებში პეტრეს ნივთები ეწყო და ამოტომაც მიუყარა ეს ჩემოდნები მას. დავითს რომ სცოდნოდა, ჩემოდნებში მისი ბინიდან აღებული ნივთები ეწყო, პეტრეს არ მისცემდა მისი წალების საშუალებას. უფრო მეტიც, არ იყო გამორიცხული, პოლიციისათვის გამოეძახა და პეტრე ბინაშივე დაეკავებინათ.

ამდენად, მოტყუებულმა დავითმა მისი ბინიდან აღებული ნივთები ფორმალურად ნებაყოფლობით გადასცა პეტრეს. **ამ თვალსაზრისით, იქმნება შთაბეჭდილება**, რომ პეტრეს მიერ ჩადენილი ქმედება

დაინყო ქურდობით, მაგრამ დასრულდა თაღლითობით.

თუმცა ასეთი დასკვნის გაკეთება არ იქნება სწორი. მართალია, თაღლითობისას მოტყუებული პირი ფორმალურად ნებაყოფლობით გადასცემს ნივთს დამნაშავეს, მაგრამ საქმე ისაა, ქმედების თაღლითობად კვალიფიკაციისათვის **აუცილებელია, მოტყუებულ პირს გაცნობიერებული ჰქონდეს,** რომ ეს ნივთი (რომელსაც გადასცემს დამნაშავეს) არ წარმოადგენს დამნაშავის საკუთრებას და არც მის მფლობელობაში იმყოფება, არამედ სხვისია და იმყოფება სხვის მფლობელობაში.

მოცემულ მაგალითში კი დავითს არ ჰქონდა გაცნობიერებული, რომ მის საკუთრებაში არსებულ ნივთებს ატანდა პეტრეს. ჩემოდანში არსებული ნივთები მას პეტრეს საკუთრება ეგონა. ამდენად, დავითის ბინიდან მისი ნივთების გატანა მოხდა ფარულად (დავითისგან შეუმჩნევლად). ეს კი იმას ნიშნავს, რომ პეტრემ მოტყუება გამოიყენა დავითის საკუთრებაში არსებული ნივთების დავითის **ბინიდან ფარულად გატანის გაადვილების საშუალებად.** სხვაგვარად რომ ვთქვათ, მან მოტყუება გამოიყენა ქურდობის მცდელობიდან მისი დამთავრების გაადვილების საშუალებად.

საბოლოოდ, უნდა ითქვას შემდეგი: ქმედების თაღლითობად კვალიფიკაციისათვის არაა საკმარისი დამნაშავეზე ნივთის ნებაყოფლობით გადაცემის ფაქტი, არამედ ასევე აუცილებელია, მოტყუებულ პირს გაცნობიერებული ჰქონდეს ის ფაქტი, რომ იგი პირს (დამნაშავეს) საკუთრებაში ან დროებით სარგებლობაში გადასცემს არა თავად დამნაშავის, არამედ სხვა პირის (როგორც წესი, მოტყუებული პირის) საკუთრებაში და მფლობელობაში არსებული ნივთს სივრცეში თავისუფალი გადაადგილების უფლებით.

3. რამდენადაა აუცილებელი ქმედების თაღლითობად კვალიფიკაციისათვის კომუნიკაცია დამნაშავესა და დაზარალებულს შორის?

განვიხილოთ თაღლითობის შემთხვევები დაზარალებულთან კომუნიკაციის გარეშე.

მართალია, თაღლითობა შემხვედრი დელიქტია,⁶ მაგრამ ეს არ

⁶ შემხვედრი დელიქტის შესახებ იხ. ქ. მჭედლიშვილი-ჰედრიხი, სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილი, დანაშაულის გამოვლენის ცალკეული ფორმები, თბ.

ნიშნავს იმას, რომ დამნაშავე ყოველთვის უნდა ატყუებდეს დაზარალებულს. სხვაგვარად რომ ვთქვათ, არაა აუცილებელი დაზარალებულთან რაიმე სახის კომუნიკაცია. თუმცა აუცილებელია, დამნაშავე ვინმე მოატყუოს. **ამდენად, შესაძლოა**, დაზარალებული და მოტყუებული არ იყოს ერთი პირი, არამედ შეიძლება სხვადასხვა პირი იყოს.

თაღლითობისას სრულებით შესაძლებელია, დამნაშავე კომუნიკაციას ამყარებდეს სრულიად სხვა პირთან, ანუ ატყუებდეს სხვა პირს (სახელმწიფო მოხელეს, ნოტარიუსს და ა.შ.).

ამ გზით თაღლითობის ჩადენას ხშირად ადგილი აქვს მაშინ, როცა დანაშაულის საგანი არის **უძრავი ქონება ან ისეთი მოძრავი ქონება** (მაგ., ა/მანქანა), რომელიც პირის საკუთრებაში გადასულად ითვლება მაშინ, როცა ამ პირის სახელზე დარეგისტრირდება საჯარო რეესტრში. ამდენად, არაა საკმარისი პირებს შორის ანგარიშის გასწორება და ქონების ფაქტობრივი გადასვლა მყიდველის ხელში.

მაგალითად, პეტრემ გააყალბა ანდერძი და მისი გამოყენებით მოატყუა საჯარო რეესტრის წარმომადგენელი. შედეგად, მოახერხა სხვისი უძრავი ქონების (მაგ., მიწის ნაკვეთის) თავის საკუთრებად დარეგისტრირება.

ესაა თაღლითობა, რა დროსაც ადგილი აქვს მოტყუებით სხვისი ქონებრივი უფლების მიღებას, სადაც მოტყუებულია არა ქონების ნამდვილი მესაკუთრე (დაზარალებული), არამედ საჯარო რეესტრის თანამშრომელი, რომელიც ან მოხელეა, ან მასთან გათანაბრებულ პირად ითვლება.

მეორე მაგალითი: პეტრემ დამალა გარდაცვლილი მამის მიერ შედგენილი ანდერძი, რომლის ძალითაც გარდაცვლილის ქონების $\frac{1}{4}$ ნაწილი ერგებოდა მის გერს. მან ნოტარიუსთან მოითხოვა გარდაცვლილი მამის მთელი ქონების დაკანონება მის სახელზე იმ არგუმენტით, რომ არ არსებობდა მის გარდა სხვა კანონისმიერი ან ანდერძისმიერი მემკვიდრე. შესაბამისად, მან ნოტარიუსის მოტყუებით მოახერხა გარდაცვლილი მამის გერის კუთვნილ ქონებაზე უფლების მიღება.

აქაც მოტყუებულია ნოტარიუსი, ხოლო თაღლითობის შედეგად დაზარალებულია გარდაცვლილი პირის გერი.

4. თაღლითობა, ჩადენილი სამსახურაპრივი მდგომარეობის გამოყენებით

თაღლითობის ამ დამამძიმებელი გარემოების სუბიექტია არა მხოლოდ მოხელე ან მასთან გათანაბრებული პირი, არამედ ასევე კერძო სექტორის ხელმძღვანელი, წარმომადგენელი ან სპეციალური უფლებამოსილებით აღჭურვილი პირი. ამასთან აუცილებელია, საჯარო თუ კერძო სექტორში ამ პირებს ეკავოთ **არა ტექნიკური** ან დამხმარე, **არამედ პასუხსაგები** თანამდებობა. მაგალითად, ჰქონდეთ უფლება, ამ ორგანიზაციის სახელით დადონ ხელშეკრულება, განათავსონ ინფორმაცია, დაადგინონ საქონლის ან მომსახურების ფასი და სხვა. შესაბამისად, მათ მიერ გამოყენებული ცრუ ინფორმაცია უფრო დამაჯერებელია სხვა პირისათვის, რადგან ისინი მოქმედებენ ორგანიზაციის სახელით.

უკეთეს საჯარო ან კერძო სექტორში მომუშავე **ტექნიკური მუშაკი** ან დამხმარე პირი იყენებს მოტყუებას სხვისი ნივთის დასაუფლებლად, სახეზეა თაღლითობის მარტივი შემადგენლობა.

მაგალითად, მაღაზიის გამყიდველმა დაარწმუნა მოქალაქე, რომ იაფად ღირებული ქალი, ვითომც არის ნამდვილი ბროლისგან დამზადებული და ძვირადღირებული. ამდენად, მოტყუებული მოქალაქისგან აიღო შესაბამისი თანხა და ფასებს შორის განსხვავება მიისაკუთრა. სახეზეა თაღლითობის მარტივი შემადგენლობა (თუ ოდენობა არ ქმნის დამამძიმებელ გარემოებას).

სამსახურებრივი მდგომარეობის გამოყენებით თაღლითობა სახეზე გვექნება იმ შემთხვევაში, თუ მოცემულ **მაგალითს შემდეგნაირად გადავაკეთებთ:**

მაღაზიის მესაკუთრემ ძვირად ღირებულ, მაღალი ხარისხის ანტიკვარულ ქალებს შორის გასაყიდად დადო **მისი მსგავსი ქალი**, რომელიც შექმნილი იყო იაფფასიანი მასალისგან. მეტი დამაჯერებლობისათვის მან ფიქტიური დოკუმენტიც გამოიყენა, რომელიც ადასტურებდა ქალის ანტიკვარულობასა და ღირებულებას. ამ გზით მან მოახერხა მყიდველის მოტყუება და შესაბამისი თანხა მიისაკუთრა.

აქვე დგება საკითხი სამსახურებრივი მდგომარეობის გამოყენებით

თაღლითობისა და მითვისების გამიჯვნაზე, რომელიც ასევე ჩადენილია სამსახურებრივი მდგომარეობის გამოყენებით. მათ შორის არის როგორც მსგავსება, ისე განსხვავება.

მათი მსგავსება იმაშია, რომ:

- ა) ორივე შემთხვევაში სახეზეა ერთი და იგივე სუბიექტი;
- ბ) ორივე შემთხვევაში საკუთრების ნინააღმდეგ მიმართული დანაშაულის (სხვისი ნივთის დასაუფლებლად) ჩასადენად ბოროტადაა გამოყენებული სამსახურებრივი მდგომარეობა;
- გ) ორივე შემთხვევაში სახეზეა მატერიალური შემადგენლობა (დანაშაული დამთავრებულია მაშინ, როცა დამნაშავე მიიღებს სხვისი ნივთის ფაქტობრივი განკარგვის შესაძლებლობას).

მათ შორის განსხვავება კი იმაშია, რომ:

ა) თაღლითობისას სხვისი ნივთი არ იმყოფება დამნაშავის მართლზომიერ მფლობელობაში. ამდენად, მოტყუება წინ უძღვის იმ ნივთის დაუფლებას, რომელიც არ იმყოფება დამნაშავის მართლზომიერ მფლობელობასა ან გამგებლობაში. შესაბამისად, დამნაშავის სამსახურებრივი მდგომარეობა მოტყუების გაადვილების ხერხია, რადგან განსხვავებით თაღლითობის მარტივი შემადგენლობისაგან, აქ იტყუება არა რიგითი მოქალაქე ან ტექნიკური მუშაკი, არამედ ორგანიზაციის პასუხისმგებელი პირი, რაც მის მიერ მიწოდებულ ინფორმაციას მეტად დამაჯერებელს ხდის;

ბ) რაც შეეხება მითვისებას სამსახურებრივი მდგომარეობის გამოყენებით, აქ საჯარო ან კერძო სექტორის პასუხისმგებელი პირი თავისი სამსახურებრივი მდგომარეობის ბოროტად გამოყენებით ისაკუთრებს იმ ნივთს, რაც უკვე (ნივთის მისაკუთრებამდე) იმყოფება მის მართლზომიერ მფლობელობასა ან გამგებლობაში, თუმცა არა მის საკუთრებაში. ამასთან არ უნდა დაგვავიწყდეს, რომ მითვისების დროსაც არაა გამოორიცხული მოტყუების ელემენტების არსებობა, მაგრამ ეს მითვისების ფაქტს თაღლითობად ვერ გადააქცევს, რადგან მთავარი ისაა, რომ ნივთის მისაკუთრებამდე ეს ნივთი იმყოფებოდა პირის მართლზომიერ მფლობელობაში ან გამგებლობაში.

მაგალითები:

პირველი მაგალითი: პეტრე იყო ერთ-ერთი ქალაქის მერიის სო-

ციალური დაცვის სამსახურის ხელმძღვანელი. მის ფუნქციაში შედიოდა ლტოლვილთა დახმარების საკითხის გადანყვეტა. მას ევალებოდა, შეედგინა და შესაბამისი სამინისტროსათვის წარედგინა იმ ლტოლვილთა სია, რომლებიც საჭიროებდნენ მატერიალურ დახმარებას.

პეტრემ აღნიშნულ სიაში სხვა პირებთან ერთად ფიქტიურად შეიყვანა პირები, რომლებიც მატერიალურ დახმარებას არ საჭიროებდნენ. როცა სამინისტრომ ქალაქის მერიის შესაბამის სამსახურს გადაურიცხა თანხა ლტოლვილთა დასახმარებლად, პეტრემ დახმარების სიაში ფიქტიურად ჩაწერილ პირთა თანხა მიისაკუთრა.

რა დანაშაულია სახეზე - **ესაა მითვისება, თუ თაღლითობა**, სამსახურებრივი მდგომარეობის გამოყენებით?

სახეზეა თაღლითობა, სამსახურებრივი მდგომარეობის გამოყენებით.

საქმე ისაა, რომ პეტრეს მიერ გამოყენებული მოტყუება წინ უძღოდა სხვისი ნივთის დაუფლებას, რადგან ფიქტიური დოკუმენტის საშუალებით სამინისტროს მოტყუებამდე, თანხა, რაც მან შემდგომში მიისაკუთრა, არ იყო მის მართლზომიერ მფლობელობაში ან გამგებლობაში - იგი სამინისტროს ბიუჯეტში იყო და პეტრეს მასზე ხელი არ მიუწვდებოდა.

მხოლოდ მას შემდეგ, რაც პეტრემ სამინისტროს მიანოდა ცრუ ინფორმაცია ლტოლვილთა რაოდენობისა და პერსონალური მონაცემის შესახებ, სამინისტრომ ამ ქალაქის შესაბამის სამსახურს გადაურიცხა აღნიშნული თანხა.

ამდენად, ის თანხა, რაც ზედმეტად იყო გადარიცხული, ვერ ჩაითვლება მის მართლზომიერ მფლობელობაში არსებულად, რადგან მიღებულია მოტყუების გზით. აქედან გამომდინარე, ზედმეტია საუბარი მითვისებაზე.

მეორე მაგალითი: შესაბამის სამინისტროსა და ქალაქის მერიის შორის დაიდო ხელშეკრულება, რომლის ძალითაც სამინისტრო ქალაქის მერიის შესაბამის სამსახურებს წინასწარვე ურიცხავდა თანხას ლტოლვილთა დასახმარებლად. მერიის ეს სამსახური კი ყოველწლიურად შეადგენდა სათანადო სიას და მის საფუძველზე გასცემდა

დახმარებას ლტოლვილებზე. თუ სამინისტროდან მერიის ანგარიშზე გადარიცხული თანხა ამოწმდებოდა ზედმეტი, მისი გათვალისწინება მოხდებოდა შემდეგ წელს.

იყო რა ამ სამსახურის ხელმძღვანელი, პეტრეს სხვა პირებთან ერთად ყოველწლიურად სიაში შეჰყავდა გამოგონილი პირების მონაცემი და მათზე გამოწერილ თანხას ისაკუთრებდა.

საკითხავია: სახეზეა მითვისება, თუ თაღლითობა, ჩადენილი სამსახურებრივი მდგომარეობის გამოყენებით?

სახეზეა მითვისება სამსახურებრივი მდგომარეობის გამოყენებით.

საქმე ისაა, რომ ეს შემთხვევა განსხვავდება პირველი მაგალითისგან.

თუკი პირველ მაგალითში მერიისთვის ზედმეტად გადარიცხული თანხა არ იყო პეტრეს მართლზომიერ მფლობელობაში (რადგან მის გადარიცხვას წინ მოტყუება უძლოდა), ამ შემთხვევაში მერიას თანხა გადაერიცხა შესაბამისი ხელშეკრულების საფუძველზე, რა დროსაც სახეზე არ იყო არანაირი მოტყუება და იგი მხოლოდ კანონიერ საფუძველს ემყარებოდა. ამდენად, ეს თანხა გადარიცხული იყო პეტრეს, როგორც ამ სამსახურის ხელმძღვანელის, მართლზომიერ გამგებლობაში (თუმცა, რა თქმა უნდა, არა მის საკუთრებაში). მან კი ბოროტად გამოიყენა მისი სამსახურებრივი მდგომარეობა და სიაში გამოგონილი პირების შეყვანით, მისაკუთრა თანხის ნაწილი.

როგორც ვხედავთ, **მითვისების დროსაც შესაძლებელია მოტყუების გამოყენება**, მაგრამ ეს მას თაღლითობად ვერ გადააქცევს. ქმედების მითვისებად კვალიფიკაციისათვის მთავარი ისაა, რომ დაუფლებელი ნივთი დაუფლებამდე იმყოფებოდეს დამნაშავის მართლზომიერ მფლობელობასა ან გამგებლობაში.⁷

5. თაღლითობა და უფლებამოსილების ბოროტად გამოყენება (სსკ 332-ე და 220-ე მმ.)

ეს დამამძიმებელი გარემოება (თაღლითობა, ჩადენილი სამსახურებრივი მდგომარეობის გამოყენებით) აუცილებლად გულისხმობს

⁷ იხ. მ. ლეკვეიშვილი, ნ. თოდუა, წიგნში: სისხლის სამართალი, კერძო ნაწ., წიგნი პირვ., რედ. გ. მამულაშვილი, მ. თოდუა, თბ. 2019, გვ. 512-514.

სამსახურებრივი მდგომარეობის ბოროტად გამოყენებას, რადგან შეუძლებელია თაღლითობისას პირმა ისე გამოიყენოს მისი სამსახურებრივი მდგომარეობა, რომ იგი შეესაბამებოდეს საჯარო, თუ კერძო ორგანიზაციის კანონიერ ინტერესებს და არ ეწინააღმდეგებოდეს მათ.⁸

აქედან გამომდინარე, თაღლითობა, ჩადენილი სამსახურებრივი მდგომარეობის გამოყენებით, აუცილებლად მოიცავს უფლებამოსილების ბოროტად გამოყენებას როგორც საჯარო, ისე კერძო სექტორში (332-ე და 220-ე მმ.) და არაა საჭირო ქმედების კვალიფიკაცია დანაშაულთა ერთობლიობით - მთელისა და ნაწილის კონკურენციის დროს იმარჯვებს მთელი ნორმა. ასევე ზოგადი და სპეციალური ნორმის კონკურენციის დროსაც იმარჯვებს სპეციალური ნორმა (სსკ მე-16 მუხლის მე-2 ნაწ.).⁹

ნ. თაღლითობა და ყალბი დოკუმენტის დამზადება-გამოყენება.

სამსახურებრივი მდგომარეობის გამოყენებით ჩადენილ თაღლითობას ხშირად თან ახლავს ფიქტიური დოკუმენტის შედგენა და გამოყენება. ამდენად, დგება საკითხი თაღლითობასთან ერთად ქმედების სამსახურებრივი სიყალბით (სსკ 341-ე მ.), ან ყალბი დოკუმენტის დამზადებისა და გამოყენების (სსკ 362-ე მ.), ანდა ყალბი საანგარიშწორებო ბარათის დამზადება, გამოყენების (სსკ 210-ე მ.) ერთობლიობით კვალიფიკაციაზე.

საინტერესოა საკითხი, შედის თუ არა სათანადო დოკუმენტებში ყალბი მონაცემების შეტანა თაღლითობისა და მითვისების ამ

⁸ აღსანიშნავია, რომ 1960 წლის სს კოდექსში მსგავსი დამამძიმებელი გარემოებები შესაბამის მუხლებში შემდეგნაირად იყო ფორმულირებული: „იგივე ქმედება, ჩადენილი სამსახურებრივი მდგომარეობის ბოროტად გამოყენებით“. ამდენად, მასში ხაზგასმული იყო სამსახურებრივი მდგომარეობის ბოროტად გამოყენების ფაქტი. შემდეგში კი კანონმდებელმა ზედმეტად ჩათვალა ამაზე ხაზგასმა, რადგან იგი ამ დამამძიმებელ გარემოებაში ისედაც იგულისხმება.

⁹ საერთოდ, სამსახურებრივი მდგომარეობის ბოროტად გამოყენებისას თუ რა შემხვევაში შეიძლება ქმედების კვალიფიკაცია დანაშაულთა ერთობლიობით, იხ. მ. ლეკვიშვილი, ნ. თოდუა, წიგნი: სისხლის სამართალი, კერძო ნაწ., წიგნი პირვ., რედ. გ. მამულაშვილი, მ. თოდუა, თბ. 2019, გვ. 526-527; 528-529.

მაკვალიფიცირებელ გარემოებაში (ჩადენილი სამსახურებრივი მდგომარეობის გამოყენებით), თუ ამგვარი ქმედება უნდა შეფასდეს დანაშაულთა ერთობლიობით?

სასამართლო პრაქტიკის შესწავლით ნათელი ხდება, რომ პრაქტიკაში ყველა ამგვარ შემთხვევას ეძლევა დანაშაულთა ერთობლიობის შეფასება.

უფრო დასაბუთებული მიდგომის მიხედვით კი **საკითხი უნდა გადაწყდეს დიფერენცირებულად**. კერძოდ უნდა გაიმიჯნოს **ორი შემთხვევა**:

ა) როცა სამსახურებრივი მდგომარეობის გამოყენებით ყალბი მონაცემის შეტანა სათანადო დოკუმენტებში იყო თაღლითობის ჩადენისათვის აუცილებელად საჭირო ხერხი, ანუ იგი ამ ხერხის გამოყენების გარეშე იყო შეუძლებელი;

ბ) როცა შეიძლებოდა თაღლითობის ჩადენა სამსახურებრივი მდგომარეობის გამოყენებით ყალბი დოკუმენტების შექმნის გარეშეც.

პირველ შემთხვევაში, კერძოდ, თუ დამტკიცდება, რომ პირმა, რომელმაც გამოიყენა სამსახურებრივი მდგომარეობა, იმიტომ შეიტანა ოფიციალურ დოკუმენტში ყალბი მონაცემი, რომ სხვაგვარად იგი ვერ ჩაიდენდა თაღლითობას (როგორც ამას ადგილი ჰქონდა ზემოთ განხილულ მაგალითზე), მაშინ გამოდის, რომ ამ დანაშაულის ჩადენისას სამსახურებრივი მდგომარეობის გამოყენება გამოიხატა არა სხვა რაიმე ქმედებაში, არამედ სწორედ რომ ყალბი დოკუმენტის შედგენაში და მის გამოყენებაში.

მას რომ არ ჰქონოდა გარკვეული სამსახურებრივი მდგომარეობა, ვერ შეადგენდა ამგვარ ოფიციალურ დოკუმენტს, რასაც იურიდიული ძალა მისი (პეტრეს) ხელმოწერისას ეძლევა. ასევე ვერ გამოიყენებდა მას მისი, როგორც მოხელისა, თუ კერძო ორგანიზაციის წარმომადგენლის სახელით.

შესაბამისად, ასეთ დროს ამ ქმედებათაგან ერთ-ერთი – როგორც ყალბი დოკუმენტის შედგენა, ისე მისი გამოყენება, მოცემული დანაშაულის (თაღლითობის) ამ დამამძიმებელი გარემოების ობიექტური შემადგენლობის ნიშანია. კერძოდ, მისი დაუმთავრებელი სტადიაა – თაღლითობის მცდელობა სამსახურებრივი მდგომარეობის

გამოყენებით, ხოლო დანაშაული დამთავრებულია მას შემდეგ, რაც პირი ამ დოკუმენტის გამოყენებით დაეუფლება სხვის ნივთს.

აქედან გამომდინარე, ამ დროს არაა საჭირო ქმედების დანაშაულად კვალიფიკაციისას თაღლითობის ამ დამამძიმებელ გარემოებასთან ერთად პირის ქმედება დაკვალიფიცირდეს დანაშაულთა ერთობლიობით (სსკ 341-ე ან 362-ე მმ.). ამ ქმედების ერთობლიობით კვალიფიკაციისას გამოვა, რომ ჩვენ პირის ერთ ქმედებას – სამსახურებრივი მდგომარეობის არაკეთილსინდისიერად ანუ ბოროტად გამოყენების ფაქტს – ორჯერ მივცემთ სამართლებრივ შეფასებას. ეს კი ეწინააღმდეგება სამართლიანობის პრინციპს (non bis in idem).¹⁰

მსგავს შემთხვევებში საკმარისია, **ბრალდების ფორმულირებაში** აღინიშნოს, რომ პირმა, გამოიყენა რა თავისი სამსახურებრივი მდგომარეობა, სხვისი ნივთის მითვისების მიზნით, ყალბი მონაცემები შეიტანა ოფიციალურ დოკუმენტში, თუ სხვა აქტში, რაც ზეგავლენას მოახდენს სასჯელის დანიშვნაზე, როგორც პასუხისმგებლობის დამამძიმებელი გარემოება – მოვალეობათა დარღვევის ხასიათი და ზომა, ქმედების განხორციელების სახე და ხერხი (სსკ 53-ე მ-ის მე-3 ნაწ.). გარდა სასჯელისა, **ბრალდებაში ამის აღნიშვნას სხვა დატვირთვა აქვს**. კერძოდ: ა) მას აქვს მტკიცებითი მნიშვნელობა; ბ) ასევე, თუ მოხდა ისე, რომ საქმის გამხილველმა სასამართლომ პირს მოუხსნა ბრალდება მითვისებაში, თუმცა დადასტურებულად ცნო მის მიერ ყალბი დოკუმენტის შედგენის ფაქტი, სასამართლო მას ბრალს დასდებს სამსახურებრივ სიყალბეში (სსკ 341-ე მ.), ან ყალბი ოფიციალური დოკუმენტის შედგენაში (სსკ 362-ე მ.).

ეს მოსაზრება უფრო ნათლად რომ წარმოჩინდეს, აქვე ერთმანეთისაგან უნდა გაიმიჯნოს თაღლითობის ძირითადი (მარტივი) შემადგენლობა (სსკ 180-ე მ. პირვ. ნაწ.) და იგივე ქმედება, ჩადენილი სამსახურებრივი მდგომარეობის გამოყენებით (180-ე მ. მე-3 ნაწ.).

საქმე ისაა, რომ თაღლითობის მარტივი შემადგენლობის განხორციელებისას პირის მოტყუებისათვის სრულებით არაა აუცილებელი ყალბი მონაცემების შეტანა რაიმე დოკუმენტებში, მისი გან-

¹⁰ ამ საკითხზე იხ. გ. ნაჭყებია, წიგნში: სისხლის სამართლის ზოგადი ნაწილი, სახელმძღვანელო, რედ. გ. ნაჭყებია, ი. დვალისძე, თბ. 2007, გვ. 33.

ბორციელება ისედაც თავისუფლად შესაძლებელია.

მაგალითად, პირს ყოველგვარი ყალბი დოკუმენტის შედგენის გარეშე, თავისუფლად შეუძლია, ზეპირსიტყვიერად მოატყუოს სხვა და დაეუფლოს მის ქონებას. აქვე უნდა აღინიშნოს, რომ თაღლითობის მარტივი შემადგენლობა ხშირად (თუმცა არა ყოველთვის) ყალბი დოკუმენტის გამოყენებითაც ხორციელდება, რაც ზოგჯერ თავად ამ დანაშაულის სუბიექტის მიერაა დამზადებული.

სწორედ ამ დროს დგას საკითხი ქმედების დანაშაულთა ერთობლიობით კვალიფიკაციისა. **რატომ?**

საქმე ისაა, რომ განსხვავებით ზემოთ განხილული შემთხვევისაგან, თაღლითობის მარტივი შემადგენლობის დროს პირი ამ დოკუმენტის დამზადებისას არ იყენებს თავის სამსახურებრივ მდგომარეობას. კერძოდ, ეს დოკუმენტი სამართლებრივ ძალას არ იძენს მისი სახელისა და გვარის დაფიქსირებით, ანუ ამ პირის ნამდვილი ხელმოწერით. **პირიქით, ამ დროს დოკუმენტზე არაა** ამ პირის ხელმოწერა, არამედ იგი სხვის ნაცვლად აწერს ხელს და ამით აყალბებს დოკუმენტს.

ასევე ამ დოკუმენტის არა თუ დამზადებისას, არამედ მისი გამოყენების დროსაც ადგილი არა აქვს ამ პირის სამსახურებრივი მდგომარეობის გამოყენებას, რადგან მისი სამსახურებრივი მდგომარეობა (თუკი მას საერთოდ უკავია რაიმე სამსახურებრივი პოზიცია), არ აძლევს ამგვარი დოკუმენტის გამოყენების შესაძლებლობას ამ სამსახურის სახელით.

მაგალითად, პეტრემ შეადგინა ყალბი პირადობის მოწმობა და მისი გამოყენებით მოტყუებით შეძლო სხვისი კუთვნილი ფულის დაუფლება.

სახეზეა თაღლითობის მარტივი შემადგენლობა და ასეთი შემთხვევა, რა თქმა უნდა, საჭიროებს კვალიფიკაციას დანაშაულთა ერთობლიობით – თაღლითობა და ყალბი დოკუმენტის დამზადება (სსკ 180-ე მ. პირვ. ნაწ. და 362-ე მ. პირვ. ნაწ.), რადგან ყალბი დოკუმენტის დამზადება არაა თაღლითობის ობიექტური შემადგენლობის ნიშანი. თაღლითობის ობიექტური შემადგენლობა (კერძოდ, მოტყუება) არ გულისხმობს ყალბი დოკუმენტის შედგენას. ყალბი დოკუმენტის შედგენა შეიძლება იყოს (შეიძლება, მაგრამ სავალდებულოც კი არაა

ამ დანაშაულის მომზადებისათვის) მოტყუების მომზადების სტადია, მაგრამ არა თავად მოტყუება. მოტყუება ამის შემდეგ იწყება ამგვარი დოკუმენტის სათანადო ორგანოსადმი წარდგენით, ანუ მისი გამოყენებით.

სულ სხვაგვარად წყდება საკითხი, როცა სახეზეა თაღლითობა სამსახურებრივი მდგომარეობის გამოყენებით. კერძოდ, თუკი პირი თაღლითობის ჩასადენად იყენებს ყალბ დოკუმენტს, რაც მის მიერაა დამზადებული თავისი სამსახურებრივი მდგომარეობის გამოყენებით, ასევე როცა თავისი სამსახურებრივი მდგომარეობა აძლევს მას ამ დოკუმენტის გამოყენების შესაძლებლობას გარკვეული თანხის (ან სხვა ქონების) გადანაწილების საკითხის გადასაწყვეტად, მაშინ სახეზეა არა თაღლითობის მარტივი შემადგენლობა (180-ე მ. პირვ. ნაწ.), არამედ სახეზეა თაღლითობის დამამძიმებელი გარემოება – ჩადენილი სამსახურებრივი მდგომარეობის გამოყენებით (სსკ 180-ე მ-ის მე-3 ნაწ. „ა“ ქვ.).

ამ დროს ერთობლიობა არაა სახეზე, რადგან თაღლითობისას სამსახურებრივი მდგომარეობის გამოყენება სწორედ ფიქტიური დოკუმენტის შედგენასა და მის გამოყენებაში გამოიხატა.

სხვაგვარად უნდა გადაწყდეს საკითხი, როცა ორგანიზაციის წარმომადგენლის მიერ ოფიციალურ დოკუმენტში ყალბი მონაცემის შეტანა არის თაღლითობის არა ჩადენის, არამედ ჩადენილი თაღლითობის შენიღბვის (დაფარვის) ხერხი.

ამდენად, უნდა განვიხილოთ მეორე შემთხვევა.

მაგალითად, ა/მანქანებით მოვაჭრე ქსელის ხელმძღვანელმა ახალი მანქანების გვერდით მყიდველებს შესთავაზა ნაავარიევი და კაპიტალურად გარემონტებული ა/მანქანები, როგორც ვითომც სრულიად ახალი (გარბენის გარეშე). მას საამისო ფიქტიური დოკუმენტიც ჰქონდა, რომელიც ადასტურებდა იმას, რომ მანქანები თითქოს პირდაპირ ავტოქარხნიდან იყო ჩამოყვანილი. ფიქტიური დოკუმენტის მყიდველებზე წარდგენით ხდებოდა მათი მოტყუება.

გარდა ამ ფიქტიური დოკუმენტისა, სავაჭრო ქსელის მეპატრონეს ასევე გამზადებული ჰქონდა შესაბამის ავტო-ქარხნებთან ვითომც

დადებული ფიქტიური ხელშეკრულებები, რომლითაც დასტურდებოდა სავაჭრო ქსელსა და შესაბამისი ფორმის ავტო-ქარხანასთან ვითომც არსებული სამოქალაქო შეთანხმება. ეს უკანასკნელი დოკუმენტი ავტო-მაღაზიას სჭირდებოდა არა მანქანის მყიდველებზე, არამედ მაკონტროლებელი ორგანოს წარმომადგენლებზე წარსადგენად (ანუ თაღლითობის ფაქტის შესანიღბად).

მოცემულ შემთხვევაში ეს მეორე სახის ყალბი დოკუმენტი არის არა სამსახურებრივი მდგომარეობის გამოყენებით თაღლითობის გაადვილების საშუალება (საამისოდ მას კაზუსში ხსენებული პირველი დოკუმენტი სჭირდება), არამედ ჩადენილი თაღლითობის დაფარვის საშუალება.

თაღლითობის ჩადენა მას ამ დოკუმენტის გარეშეც შეუძლია სხვა სახის ფიქტიური დოკუმენტით (მოცემულ შემთხვევაში იმ დოკუმენტით, რითაც ფიქტიურად დასტურდება, რომ მანქანა თოითქოს არის სრულიად ახალი, გარბენის გარეშე).

სხვაგვარად რომ ვთქვათ, ამ მეორე სახის დოკუმენტით (შესაბამის ავტო-ქარხანასთან ვითომც დადებული ხელშეკრულებით) იგი ატყუებს არა მანქანის მყიდველებს (მაღაზიის კლიენტებს), არამედ მაკონტროლებელი ორგანოს წარმომადგენელს.

ამდენად, მოცემულ შემთხვევაში პასუხისმგებელ პირს ამ მეორე სახის ყალბი დოკუმენტის გამოყენება სჭირდება **თაღლითობის დასაფარად და არა მის ჩასადენად**. ამიტომ დამნაშავეს ქმედება უნდა დაკვალიფიციროდეს დანაშაულთა ერთობლიობით – როგორც თაღლითობა, სამსახურებრივი მდგომარეობის გამოყენებით, ისე ყალბი დოკუმენტის გამოყენება (სსკ 362-ე მ.).¹¹

7. განსახილველ საკითხებთან დაკავშირებით ისმის კითხვა: ქმედების თაღლითობად კვალიფიკაციისათვის თუ არის აუცილებელი, მოტყუებული იყოს კეთილსინდისიერი პირი?

სხვაგვარად რომ ვთქვათ, თუ შეიძლება თაღლითობისას მოტყუებული იყოს პირი, რომელსაც გადანყევტილი აქვს მართლსაწი-

¹¹ მითვისებასთან მიმართებაში განსახილველი პრობლემის შესახებ იხ. ნ. თოდუა, ნიგნში: სისხლის სამართლის კანონმდებლობის ლიბერალიზაციის ტენდენციები საქართველოში, რედ. ნ. თოდუა. თბ. 2016, გვ. 402-407.

ნალმდეგო (ან ამორალური) ქმედების ჩადენა და ამ მიზნის მისაღწევად მზადაა, გაილოს გარკვეული თანხა?

განვიხილოთ ეს საკითხი **მექრთამეობის მაგალითზე**:

პეტრე დაპირდა ვასოს, რომ მოაწყობდა მაღალანაზღაურებად თანამდებობაზე, ოღონდ ამისათვის საჭირო იყო ქრთამის მიცემა შესაბამისი სახელმწიფო ორგანიზაციის ხელმძღვანელ პირზე. კერძოდ, თუკი იგი გაიღებდა 10 000 ლარს, ამ თანხის გამოყენებით „საქმეს მოუგვარებდა“ მის კარგ ნაცნობ ერთ-ერთ სახელმწიფო მოხელესთან. ვასომ ირწმუნა მისი და გადასცა მან აღნიშნული თანხა.

სინამდვილეში პეტრე არავითარ სახელმწიფო მოხელეს არ იცნობდა და არც აპირებდა ვასოსთვის მოხელესთან ქრთამის მიცემასი შუამავლობას. მისი მიზანი მხოლოდ ამ თანხის დაუფლება იყო.

ამდენად, **პეტრემ მოტყუების გზით** მოახერხა ვასოს კუთვნილი ქონების (ფულის) დაუფლება. ხოლო ვასომ ეს თანხა მას გადასცა მოხელეზე **ქრთამის სახით** მისაცემად.

დოქტრინაში არაა ერთიანი მოსაზრება პეტრეს ქმედების კვალიფიკაციის საკითხზე.

ერთნი ამ ქმედების თაღლითობად კვალიფიკაციას არ მიიჩნევენ მართებულად.

მათი არგუმენტი არის ის, რომ თაღლითობისას მოტყუებულნი უნდა იყოს კეთილსინდისიერი პირი, რომელიც პროცესუალურად დაზარალებულად უნდა ვაღიაროთ. ხოლო მოცემულ შემთხვევაში მოტყუებულთა პირი, რომელიც თავის ქონებას იყენებდა დანაშაულის (ქრთამის მიცემის) საგნად. ამდენად, იგი არაა დაზარალებული. მას არა აქვს უფლება, ამ ფულის სასამართლოს წესით დაბრუნება მოითხოვოს. ეს თანხა, როგორც დანაშაულის საგანი, ჩამორთმევას ექვემდებარება სახელმწიფო ბიუჯეტის სასარგებლოდ. ხოლო თავად პირი უნდა დაექვემდებაროს სს-იგ პასუხისმგებლობას. ამიტომ ასეთ შემთხვევაში პირს (ამ შემთხვევაში პეტრეს) არ უნდა დაეკისროს პასუხისმგებლობა თაღლითობისათვის. წინააღმდეგ შემთხვევაში გამოვა, რომ ვასოს ვაღიარებთ არა დანაშაულის ჩამდენად (დაუმთავრებელი ქრთამის მიცემის ჩამდენად), არამედ დაზარალებულად, რაც არ იქნება სამართლიანი.

ეს მოსაზრება არ უნდა გავიზიაროთ, რადგან:

ა) ქმედების თაღლითობად კვალიფიკაცია სრულებით არ ნიშნავს იმას, რომ მოტყუებული პირი აუცილებლად კეთილსინდისიერი და იგი დაზარალებულად უნდა ვცნოთ. თაღლითობა არის შემხვედრი დელიქტი,¹² სადაც ერთი პირი მოტყუებით ეუფლება მეორეს ქონებას. ამასთან მოტყუებული შეიძლება იყოს როგორც ქონების მესაკუთრე, ისე სრულიად სხვა პირი (მაგალითად, ნოტარიუსი). ეს იმას ნიშნავს, რომ თაღლითობისას აუცილებელია არსებობდეს მოტყუებული მხარე, მაგრამ არაა აუცილებელი, იგი ვცნოთ დაზარალებულად. უფრო მეტიც, თაღლითობისას საქმეში შეიძლება არ არსებობდეს დაზარალებული, თუმცა უნდა არსებობდეს მოტყუებული მხარე;

ბ) თუ ზემოთ მოყვანილ მაგალითში პეტრეს არ დავაკისრებთ სს-ივ პასუხისმგებლობას თაღლითობისათვის, ეს იმან ნიშნავს, რომ მის ქმედებას არ ვთვლით მართლსაწინააღმდეგოდ, რომელმაც დააზიანა სხვისი სამართლებრივი სიკეთე (საკუთრების უფლება). სხვაგვარად რომ ვთქვათ, გამოვა, რომ ვაღიარებთ შემდეგს: რადგან ვასოს მისი ქონების გამოყენებით დანაშაულის (ქრთამის მიცემის) ჩადენა სურდა, პეტრეს არ მოეკითხება პასუხი იმისათვის, რომ ისარგებლა ამ მომენტით და გამოსცემა მას ფული.

საკითხისადმი ასეთი მიდგომა კი შორს დგას სამართლიანობისაგან და იგი უფრო ქურდულ მენტალობას უახლოვდება („ღმერთმა შეარგოს პეტრეს ის თანხა, რაც ვასოს დანაშაულის ჩასადენად ჰქონდა გამიზნული“);

გ) მოცემულ მაგალითში ორივე მხარემ პასუხი უნდა აგოს საკუთარი უმართლობისათვის - პეტრემ იმისათვის, რომ ხელყო სხვისი საკუთრების უფლება (მოტყუებით დაეუფლა სხვის ქონებას). ვასომ კი პასუხი უნდა აგოს ქრთამის მიცემის მცდელობისათვის. შესაბამისად, იგი არ უნდა იქნეს ცნობილი თაღლითობაში დაზარალებულად, რომელსაც უფლება აქვს, მოითხოვოს პატრეზე მიცემული თანხის უკან დაბრუნება;

¹² შემხვედრად დელიქტზე იხ. ქ. მჭედლიშვილი-ჰედრიხი, სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილი, დანაშაულის გამოვლინების ცალკეული ფორმები, თბ. 2011, გვ. 201-202.

დ) ყველაფერი ეს იმას ნიშნავს, რომ პირის საკუთრების უფლება დაცულია ხელყოფისაგან იმის მიუხედავად, რისთვის სურს მას მისი გამოყენება: დანაშაულის ჩასადენად, თუ მართლზომიერი მიზნის მისაღწევად - არავის არა აქვს უფლება ისარგებლოს პირის დანაშაულებრივი განზრახვით და უკანონო გზით დაეუფლოს მის ქონებას.

აქედან არსებობს გამოწვევის, რომელიც ეხება აბსოლუტურად დაცულ სამართლებრივ სიკეთეს, როგორცაა ადამიანის სიცოცხლე, ჯანმრთელობა, მისი უფლება, დაცული იყოს წამებისაგან და სხვ.

მაგალითად, ვასომ პეტრეს შესთავაზა 10 000 ლარი იმისათვის, რომ მოეკლა ვასოს მტერი ივანე. პეტრე დაპირდა მას, რომ ჩაიდენდა ამ მკვლევლობას და თანხა წინასწარ გამოართვა.

დრო გადიოდა და ვასო ხედავდა, რომ პეტრესგან მოტყუებული დარჩა, რადგან სინამდვილეში პეტრეს არავითარი ქმედება არ განუხორციელებია მკვლევლობის ჩასადენად და ფული მიისაკუთრა. მას არც ჰქონია ასეთი განზრახვა, მხოლოდ თანხის მიღება სურდა.

მოცემულ შემთხვევაში პეტრეს არ უნდა დაეკისროს სისხლის-სამართლებრივი პასუხისმგებლობა თაღლითობისათვის.

რატომ? რით განსხვავდება ეს შემთხვევა ზემოთ განხილული შემთხვევისაგან, როცა პეტრეს ფული გადასცეს მოხელეზე ქრთამის სახით მისაცემად, მან კი მიისაკუთრა იგი? აქაც ხომ ფული დანაშაულის საგნად იყო გადაცემული?

საქმე ისაა, რომ ამ უკანასკნელ შემთხვევაში პეტრემ ვასოს მოტყუებით ივანეს სიცოცხლე ფაქტობრივად იხსნა ხელყოფისაგან. მას უარი რომ ეთქვა ვასოსთვის, ვასო ამ ფულის გამოყენებით სხვა პირს შეუკვეთავდა მკვლევლობას, ან სხვაგვარად ეცდებოდა მის მოკვლას.

მართალია, როცა ვასოს ფული გამოართვა და მკვლევლობის ჩადენას დაპირდა, პეტრეს მიზანი სრულებით არ ყოფილა ივანეს სიცოცხლის გადარჩენა და დროის გაყვანა მის სასარგებლოდ, მაგრამ ვინაიდან მის მიერ ცრუ დაპირების შედეგად ივანეს სიცოცხლე ფაქტობრივად გადაურჩა ხელყოფას (მნიშვნელობა არა აქვს, გარკვეული დროის შემდეგ იგი მაინც იქნა თუ არა მოკლული სხვა პირის მიერ), მისი ქმედება საკუთრების წინააღმდეგ მიმართულ დანაშაულად არ უნდა დაკვალიფიცირდეს.

როცა სახეზეა ადამიანის სიცოცხლის დაცვის უპირატესი მიზანი, გვერდზე იწვევს ისეთი სამართლებრივი სიკეთე, როგორცაა საკუთრების უფლება.

ეს არ ნიშნავს იმას, რომ პეტრეს დარჩება მისაკუთრებული თანხა. იგი მას, როგორც დანაშაულის საგანი, ჩამოერთმევა სახელმწიფოს სასარგებლოდ (სსკ 52-ე მ.).

რაც შეეხება ვასოს, მისი პასუხისმგებლობის საკითხის გადანყვეტისას უნდა ვიხელმძღვანელოთ სსკ 25-ე მუხლის მე-7 ნაწილით, რომლის მიხედვითაც დანაშაულის მომზადებისათვის სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობა დაეკისრება იმას, ვინც მისგან დამოუკიდებელ გარემოებათა გამო ვერ შეძლო სხვა პირის დაყოლიება დანაშაულის ჩასადენად.

ამდენად, ვასო პასუხს აგებს შეკვეთით მკვლელობის მომზადებისათვის (18, 109-ე მ. მე-3 ნაწ.).

8. როგორ უნდა დაკვალიფიცირდეს ქმედება, როცა ატყუებენ ყველაზე მიამიტ (ლაბილური ფსიქიკის) პირს ისეთი დაპირებით, რისი შესრულების არარეალურობა ყველა საშუალო ინტელექტისა და ფსიქიკის ადამიანისათვის ნათელია? (დაზარალებული - „ბატი ტასიკო“)

ამ საკითხის განსახილველად ე.წ. „პლანეტა სირიუსის შემთხვევა“¹³ გადავაკეთოთ შემდეგნაირად:

პეტრე დაპირდა მარტოხელა, ლაბილური ფსიქიკისა და დიდი ქონებრივი შესაძლებლობის ქალს, რომ გარკვეული ანაზღაურების შემთხვევაში კოსმოსური ხომალდით გაამგზავრებდა პლანეტა სირიუსზე, სადაც იგი დაისვენებდა და გაატარებდა დაუფინყარ დროს. შემდეგ კი მისთვის სასურველ დროს ასევე ჩამოიყვანდა უკან. დანაპირების მეტი დამაჯერებლობისთვის მან ამ ქალს უჩვენა ფოტო და ვიდეო-მასალა, რომელიც ვითომც გადაღებული იყო პლანეტა სირიუსზე. ასევე უჩვენა იმ ხომალდის ფოტო-მასალა, რომლითაც ვითომც გაამგზავრებდა მას ამ პლანეტაზე.

¹³ „პლანეტა სირიუსის შემთხვევაზე“ იხ. ქ. მჭედლოშვილი-ჭედრისი, კაზუსის ამოხსნის მეთოდის სისხლის სამართალში, რედ. ნ. თოდუა, გ. მამულაშვილი, თბ. 2010, გვ. 179 -186.

ქალმა ირწმუნა მისი და გადაუხადა მას 1 000 000 ლარი, როგორც ამ მომსახურების საფასური.

შეთანხმების მიხედვით, თანხის გადახდიდან ერთი კვირის ვადაში უნდა შესრულებულიყო დანაპირები.

რა თქმა უნდა, პეტრეს მიზანი იყო ფულის ხელში ჩაგდება, რასაც მან მიაღწია.

მიუხედავად იმისა, რომ დაპირების შინაარსი არარეალური და ლიმილის მომგვრელია, პეტრემ პასუხი უნდა აგოს თაღლითობისთვის, რადგან კანონი ერთნაირად იცავს როგორც ჩვეულებრივი, ისე ლაბილური სფიქიკის ადამიანის საკუთრების უფლებას.

განსხვავებული ვითარებაა მაშინ, როცა დაპირება მოიცავს ისეთ გარემოებას, რომელიც არ ექვემდებარება ადამიანის ნებას. სხვაგვარად რომ ვთქვათ, რომლის მართვა შეუძლებელია ადამიანის ნებით და ეს რომ ნამდვილად ასეა, საყოველთაოდაა ცნობილი.

მაგალითად, მკითხავი ჰპირდება აბიტურიენტის მშობელს, რომ თუ მას გადაუხდის შესაბამის თანხას, მაგიური ძალის გამოყენებით, მის შვილს წარმატებით ჩააბარებინებს ეროვნულ გამოცდებს (ანდა პირდება პირს, რომ კაზინოში მოაგებინებს თანხას მაგიური ძალის გამოყენებით).

მოტყუებული მშობელი მას გადასცემს თანხას, რასაც იგი ისაკუთრებს.

საერთოდ, მკითხავის საფასურად თანხის აღების შემთხვევის თაღლითობით კვალიფიკაცია რთულია, რადგან ჯადოქრობის (მაგიური ძალების) არსებობა მეცნიერულად არც დამტკიცებულია და არც უარყოფილია (რელიგია კი აღიარებს მაგიური ძალების არსებობას).

სწორედ ამიტომ ჯადოქრობის გზით სხვისი სამართლებრივი სიკეთის ხელყოფის მცდელობა ითვლება არაბუნებრივ მცდელობად, რომელიც არ ექვემდებარება დასჯას.¹⁴

მით უმეტეს, ამ შემთხვევაში, როცა საყოველთაოდაა ცნობილი, რომ გამოცდების წარმატებით ჩააბარებისა თუ ფულის მოგების

¹⁴ არადასჯადი მცდელობის საკითხზე იხ. თ. წერეთელი, სისხლის სამართლის პრობლემები, ტომი პირველი, თბ. 2007, გვ. 465; მჭედლიშვილი-ჰედრისი, სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილი, დანაშაულის გამოვლინების ცალკეული ფორმები, თბ. 2011, გვ. 44.

საკითხი სხვა გარეშე პირის ნებისაგან მართვას არ ექვემდებარება, არ შეიძლება სამართლებრივი მნიშვნელობა მიენიჭოს ასეთ დაპირებას და იგი თაღლითობად შეფასდეს.

სხვა საკითხია, რომ პირებს შორის დადებული ამგვარი „შეთანხმება“ ბათილია სამოქალაქოსამართლებრივი თვალსაზრისით და დაზარალებულს შეუძლია აღძრას სამოქალაქო დავა.

9. თაღლითობის გამიჯვნა ხელშეკრულებით ნაკისრი ვალდებულების შეუსრულებლობისათვის სამოქალაქო პასუხისმგებლობისაგან

ეს საკითხი მწვავედ დგას სასამართლო პრაქტიკაში, რადგანაც არც თუ იშვიათად თაღლითობისას მოტყუების ხერხად გამოყენებულია დაზარალებულ პირთან სხვადასხვა სახის გარიგების დადება, რითაც თაღლითობის ჩამდენი ვითომც კისრულობს გარკვეული ვალდებულების შესრულებას და ამ გზით ეუფლება მის ქონებას მართლსაწინააღმდეგო მისაკუთრების მიზნით.

9.1. როგორ გავმიჯნოთ თაღლითობა და სამოქალაქო სამართალდარღვევა?

სხვაგვარად რომ ვთქვათ, ხელშეკრულებით ნაკისრი ვალდებულების შეუსრულებლობისათვის როდის დგება როგორც სისხლისსამართლებრივი (სსკ 180-ე მ-ით), ისე სამოქალაქო პასუხისმგებლობა, ხოლო როდისაა სახეზე მხოლოდ სამოქალაქოსამართლებრივი პასუხისმგებლობა?

როგორც ზემოთ უკვე აღინიშნა, ქმედების თაღლითობად კვალიფიკაციისათვის აუცილებელია, მოტყუების ხერხი წინ უძღოდეს სხვისი ნივთის დაუფლებას. სხვაგვარად რომ ვთქვათ, მოტყუება გამოყენებული უნდა იყოს მანამ, სანამ პირი დაეუფლება სხვის ნივთს ან ქონებრივ უფლებას. ე.ი. მოტყუებასა და სხვისი ნივთის დაუფლებას შორის უნდა არსებობდესმი ზეზობრივი კავშირი.¹⁵

აქვე კიდევ ერთხელ უნდა გაიმიჯნოს ნივთის „ხელში ჩაგდება“ და მისი „დაუფლება“. ნივთის დაუფლებას, როგორც წესი, წინ უძღვის მისი ხელში ჩაგდება, რა დროსაც პირი უკვე ფლობს მას, ასევე

¹⁵ იხ. მ. ლეკვიშვილი, ნ. თოდუა, ნიგნში: სისხლის სამართალი, კერძო ნაწ., ნიგნი პირვ., რედ. გ. მამულაშვილი, მ. თოდუა, თბ. 2019, გვ. 506.

არაა გამოორიცხული, მას შეეძლოს, ისარგებლოს მისით.

თუმცა, განსხვავებით დაუფლებისაგან, ხელში ჩაგდების დროს პირს ჯერ არ შეუძლია ამ ნივთის განკარგვა (მისი გამოყენებით რაიმე საგნის შექმნა, მისი გაყიდვა, გაცვლა და ა.შ.).

ამდენად, დაუფლება დაკავშირებულია ნივთის განკარგვის ფაქტობრივ შესაძლებლობასთან, რასაც ადგილი არა აქვს ნივთის ხელში ჩაგდებისას. **მაგალითად**, პეტრემ გადაწყვიტა მოტყუებით დაუფლებოდა ვასოს ფულად დანაზოგს. ამ მიზნით იგი მივიდა ვასოსთან სახლში და სთხოვა ესესხებინა მისთვის 20 000 აშშ დოლარი, ამასთან, დაარწმუნა იგი, რომ ერთ წელიწადში დაუბრუნებდა ვალს. ვასომ იქვე, ბინაში გადასცა პეტრეს ეს თანხა.

მართალია, პეტრემ უკვე ხელში ჩაიგდო ფული, მაგრამ მას ჯერ არაა აქვს მისი განკარგვის შესაძლებლობა, ე.ი. ჯერ არაა დაუფლებული ნივთს. სახეზეა თაღლითობის მცდელობა. თაღლითობის დამთავრებული შემადგენლობა სახეზე იქნება მაშინ, როცა პეტრე ფულთან ერთად დატოვებს ვასოს სახლს და მიიღებს ამ თანხის განკარგვის შესაძლებლობას.

აქედან გამომდინარე, საკითხავია: მოტყუება წინ უნდა უძლოდეს ნივთის ხელში ჩაგდებას, თუ მის დაუფლებას? სხვაგვარად რომ ვთქვათ, ქმედების თაღლითობად კვალიფიკაციისათვის თუ არის აუცილებელი, მოტყუება წინა უძლოდეს ნივთის არა მხოლოდ დაუფლებას, არამედ მის წინარე ეტაპსაც - ხელში ჩაგდებას?

დასმული კითხვის პასუხად უნდა ითქვას, რომ ქმედების თაღლითობად კვალიფიკაცია შესაძლებელია როგორც მაშინ, როცა მოტყუება წინ უძლოდა ნივთის ხელში ჩაგდებას და შემდეგ დაუფლებას, ასევე მაშინაც, როცა მართალია, მოტყუება წინ არ უძლოდა ნივთის ხელში ჩაგდებას, მაგრამ იგი წინ უძლოდა მის დაუფლებას.

მაგალითი: პეტრემ პლასტიკური ბარათის გამოყენებით ბანკომატიდან მოითხოვა 5 000 ლარი. როცა თანხა აიღო, ნახა, რომ ნაცვლად მოთხოვნილი 5 000 ლარისა, ბანკომატმა 10 000 ლარი გასცა. პეტრემ არაფერი მოიმოქმედა ამ თანხის ბანკისათვის დასაბრუნებლად. რამდენიმე საათის შემდეგ მას დაუკავშირდა ბანკის თანამშრომელი და ჰკითხა, ხომ არ აუღია მოთხოვნილზე მეტი რაოდენობის

თანხა, რაზეც პეტრემ უპასუხა, რომ მან მიიღო ზუსტად 5 000 ლარი.

პეტრემ იმიტომ იცრუა, რომ არ სურდა ზედმეტად ალებული თანხის უკან დაბრუნება, სურდა მისი შენარჩუნება. სხვაგვარად რომ ვთქვათ, მას სურდა **მოტყუების გარეშე** დაუფლებული ნივთის (ფულის) შენარჩუნება. კერძოდ, როცა ბანკის თანამშრომელი დაუკავშირდა, იგი უკვე დაუფლებული იყო ამ თანხას (შეეძლო მისი განკარგვა თავისი შეხედულების მიხედვით).

ამდენად, როცა პირი შემთხვევით ეუფლება სხვა პირის შეცდობის გამო მის ხელში ჩავარდნილ ქონებას,¹⁶ ამის შემდეგ გამოყენებული ტყუილი ვერ ჩაითვლება დაუფლების ხერხად, რადგან დაუფლება მოტყუების განხორციელებამდე უკვე სახეზეა.

შესაბამისად, სახეზეა სამოქალაქო სამართალდარღვევა და პეტრეს სამოქალაქო წესით უნდა მოეთხოვოს ზედმეტად მიღებული თანხის, როგორც უსაფუძვლო გამდიდრების საგნის, უკან დაბრუნება.

მოცემულ მაგალითთან დაკავშირებით შეიძლება დაისვას ასეთი კითხვა: თუ არის შესაძლებელი, პეტრეს ქმედება დაკვალიფიცირდეს მითვისებით (სსკ 182-ე მ.)?

ამ კითხვაზე პასუხის გასაცემად უნდა გაირკვეს, თუ არის სახეზე მითვისების საგანი?

მითვისების საგანია ის ნივთი, რომელიც იმყოფება მიმთვისებლის მართლზომიერ მფლობელობასა ან გამგებლობაში. ნივთი რომ ჩაითვალოს მართლზომიერ მფლობელობაში ან გამგებლობაში არსებულად, ამისათვის საჭიროა, პირს იგი გადაეცეს სამართლებრივ საფუძველზე (მაგალითად, კანონის ძალით, ანდა მხარეთა ნებით დადებული ხელშეკრულების საფუძველზე).

აქედან გამომდინარე, ფიზიკური თუ იურიდიული პირის შეცდომის საფუძველზე შემთხვევით ხელი ჩავარდნილი ნივთი ვერ ჩაითვლება მართლზომიერ მფლობელობაში არსებულად.

მოცემულ მაგალითში ზედმეტად ალებული 5 000 ლარი პეტრეს გადაეცა არა სამართლებრივ საფუძველზე, არამედ ბანკის თანამ-

¹⁶ პირის ხელში შემთხვევით მოხვედრილი ან ნაპოვარი ნივთის დაუფლების საკითხზე იხ. ნ. თოდუა, წიგნში: სისხლის სამართალი, კერძო ნაწ., წიგნი პირვ., რედ. გ. მამულაშვილი, მ. თოდუა, თბ. 2019, გვ. 460-464.

შრომელთა შეცდომის გამო (მაგალითად, ბანკომატში 50 ლარიანი კუპიურების ყუთში შეცდომით იყო ჩალაგებული 100 ლარიანი კუპიურები, რამაც გამოიწვია ზედმეტი თანხის გაცემა).

შესაბამისად, პეტრეს ქმედებას ვერ დავაკვალიფიცირებთ მოთვისებად. მას ვერც თაღლითობად დავაკვალიფიცირებთ, რადგან მოტყუება წინ არ უძღოდა ფულის დაუფლებას.

მაგრამ საკითხავია, ყოველ კონკრეტულ შემთხვევაში როგორ შევიტყოთ, წინ უძღოდა თუ არა მოტყუება სხვისი ნივთის დაუფლებას? ეს საკითხი განსაკუთრებით პრობლემურია მაშინ, როცა მხარეებს შორის დადებულია რაიმე სახის ხელშეკრულება, რომლის მოთხოვნასაც არ არსულებს ერთ-ერთი მხარე.

ამის გასარკვევად გულდასმით უნდა იქნას შესწავლილი საქმის ყველა გარემოება. თუ საქმის მასალებით ვერ მტკიცდება, რომ გარიგების დადებისას პირს გადანყვეტილი ჰქონდა მოტყუების გზით სხვისი ნივთის მისაკუთრება, ანუ ვერ საბუთდება, რომ გარიგება ამ მიზნის შენიღბვისათვის იყო დადებული, მაშინ ივარაუდება, რომ მას სურდა გარიგებით ნაკისრი ვალებულების შესრულება. თუმცა შემდეგში ეს ვალდებულება სხვადასხვა გარემოების გამო ვერ შეასრულა. ხოლო სხვისგან მიღებულ ქონებას მატერიალური გასაჭირის გამო ვერ უბრუნებს მესაკუთრეს (ეჭვი უნდა გადანყდეს პირის სასარგებლოდ).

მაგრამ **ასევე საკითხავია**, როგორ უნდა დამტკიცდეს, რომ პირს არ სურდა გარიგებით ნაკისრი ვალდებულების შესრულება და მისი სურვილი იყო მხოლოდ სხვისი ნივთის ან ქონებრივი უფლების მისაკუთრება?

ამისათვის გამოკვლეულ უნდა იქნას შემდეგი:

ა) რამდენად რეალური იყო შესასრულებლად ის გარიგება, რაც მან დადო სხვა პირთან, ვისგანაც მიიღო ქონება?

ბ) თუკი რეალური იყო შესასრულებლად, რამდენად შეეცადა იგი ამ ვალდებულების განხორციელებას და რაში გამოიხატა ეს მცდელობა?

გ) რამდენად რეალური იყო ის, რომ გარიგებით ნაკისრი ვალდებულების შეუსრულებლობის შემთხვევაში (მაგალითად, თუ ვერ

შესძლებდა შეპირებული ბიზნესის წამოწყებას ან წარმართვას), იგი აპირებდა, აენაზღაურებინა მიყენებული ზიანი, იმ თანხის უკან დაბრუნებით, რაც აიღო დაზარალებულისაგან ან ამ თანხის შესაბამისი ღირებულების სხვა ნივთის გადაცემით?¹⁷ ჰქონდა კი მას საამისო ქონება ან შემოსავალი?

მოვიყვანოთ შესაბამისი მაგალითები.

9.2. თავდაპირველად განვიხილოთ ისეთი შემთხვევა, როცა იმთავითვე არარეალურია ხელშეკრულებით ნაკისრი ვალდებულების შესრულება და დამნაშავემ ეს იცის.

მაგალითი: პეტრემ შექმნა შპს და მსურველებს დაპირდა უცხოეთიდან ახალი, ძვირფასი ა/მანქანების შემოტანას ხელმისაწვდომ ფასებში - ზოგი სახის მოდელს 20 000 აშშ დოლარის ექვივალენტით ლარებში საქართველოში მოყვანის ჩათვლით. სხვა სახის მოდელს კი 25 000 აშშ დოლარის ექვივალენტში და ა.შ.

მან ხელშეკრულება გააფორმა მრავალ კლიენტთან და შესაბამისი თანხაც მიიღო. როცა მოახლოვდა ა/მანქანების საქართველოში ჩამოსვლის დრო, პეტრემ მიატოვა თავისი შპს და დაემალა კლიენტებს (გაიქცა საზღვარგარეთ).

გამოძიებით გაირკვა, რომ იმ მარკის და გამოშვების ა/მანქანების არათუ საცალო, არამედ საბითუმო ფასი, რაზეც პეტრემ ხელშეკრულება დაუდო კლიენტებს 20 000 აშშ დოლარის ექვივალენტში, საზღვარგარეთის შესაბამის ქვეყნებში იყო, სულ მცირე 60 000 აშშ დოლარი. ხოლო სხვა მარკის ა/მანქანებისა, კიდევ უფრო ძვირი.

შესაბამისად, აშკარაა, რომ პეტრე ვერავითარ შემთხვევაში ვერ შეიძენდა მათ 20 000 აშშ დოლარად, ასევე -25 000 აშშ დოლარად. ამდენად, აქ აზრს მოკლებულია იმის გარკვევა, უძლოდა თუ არა მოტყუება წინ მოქალაქეებისაგან თანხის აღებას - ეს საკითხი ისედაც ნათელია. შესაბამისად, მხედველობაში არ უნდა მივიღოთ პეტრეს ჩვენება იმის შესახებ, რომ იგი თავდაპირველად მართლაც აპირებდა ხელშეკრულებით ნაკისრი ვალდებულების შესრულებას, მაგრამ მოუ-

¹⁷ შეად. მ. ლეკვიშვილი, ნ. თოდუა, ნიგნში: სისხლის სამართალი, კერძო ნაწ., ნიგნი პირვ., რედ. გ. მამულაშვილი, მ. თოდუა, თბ. 2019, გვ. 514-515.

ლოდნელი ფინანსური პრობლემის გამო გაკოტრდა და ვერ შეძლო მისი შესრულება.

9.3. ვალის აღიარების ფაქტის მნიშვნელობა ქმედების კვალიფიკაციისას

ქმედების თაღლითობად კვალიფიკაციას ხელს არ უშლის ის ფაქტი, რომ ვალის აღიარება წინ უძღოდა სხვისი ნივთის დაუფლებას, ანდა იგი აღიარებულ იქნა თუნდაც ნივთის დაუფლების შემდეგ.

მაგალითი: პეტრეს ბინა ჩადებული აქვს იპოთეკაში და ვალს (40 000 ლარს) ვერ ისტუმრებს, რის გამოც ბინის დაკარგვის საფრთხის წინაშე დგას. მან გადაწყვიტა, მოტყუებით დაეუფლოს მისი ნაცნობის - ვასოს ქონებას (ფულს) და გადაიხადოს ბანკის ვალი. პეტრემ იცის, რომ ვასო მას 40 000 ლარს სიტყვაზე არ ენდობა და არ ასესხებს.

იგი მივიდა ვასოსთან წინასწარ შეთხზული ლეგენდით, რომ აპირებს ბიზნესის წამოწყებას. კერძოდ, ყიდულობდა სასტუმროს, რაშიც 40 000 ლარი აკლდებოდა და ერთი წლით სესხად სთხოვა ეს თანხა სათანადო ხელწერილის საფუძველზე.

ვასო ენდო პეტრეს. მათ გააფორმეს ხელშეკრულება სესხის თაობაზე და პეტრემ მიიღო აღნიშნული თანხა.

რა თქმა უნდა, მას არც უცდია სასტუმროს ყიდვა, არამედ ეს თანხა გამოიყენა ბანკის ვალის დასაფარად. მისი დაბრუნების დრო რომ დადგა, დაემალა ვასოს.

სახეზეა თაღლითობა, რადგან აშკარად იკვეთება, რომ მოტყუება წინ უძღოდა სხვისი ქონების დაუფლებას - იგი არ აპირებდა ამ ფულის დაბრუნებას და არც ჰქონდა ამისი შესაძლებლობა, რაც თავიდანვე იცოდა.

ხელშეკრულების დადება გამოყენებული იყო მოტყუების ხერხად.

მეორე მაგალითი: პეტრე მივიდა ვასოსთან და სთხოვა სოლიდური თანხა ვითომც ბიზნესის გაფართოებისთვის. ამასთან დაპირდა, რომ მასაც ჩასვამდა მოგების 50%-იან წილში.

ვასო ენდო მას და მისცა ეს თანხა.

სინამდვილეში პეტრეს ეს ფული იმ მევალებების გასასტუმრებლად სჭირდებოდა, რომლებიც ძალიან აწუხებდნენ (ზოგიერთი მათგანი მოკვლითაც კი ემუქრებოდა). დრო დავიდა და ვასო მიხვდა, რომ მოტყუებული დარჩა, თანაც გაიგო პეტრეს ვალების ამბავი. იგი მოსვენებას არ აძლევდა პეტრეს, ხან სად დახვდებოდა, ხან - სად და სთხოვდა ვალის დაბრუნებას. ბოლოს მოსთხოვა ალებულ თანხაზე სესხის ხელშეკრულების დადება, რაზეც პეტრე დათანხმდა, რადგან იფიქრა, რომ ამით ვასო ცოტათი მაინც დაწყნარდებოდა და გარკვეული ხნით მოიშორებდა მას თავიდან. თანაც იცოდა, რომ ამ ხელშეკრულების დადებით ვასო მისგან ფულს ვერ ამოიღებდა, რადგან პეტრეს არც რაიმე შემოსავალი ჰქონდა და არც ქონება.

სახეზეა თაღლითობა.

9.4. გაყიდული ნივთის ხელმეორედ გაყიდვის უკუხეობა

დოქტრინასა და სასამართლო პრაქტიკაში აღიარებულია, რომ უკვე გაყიდული ნივთის ხელმეორედ გაყიდვა თაღლითობაა.

მაგალითად, პეტრემ გაყიდა თავისი ა/მანქანა და შესაბამისი თანხაც მიიღო მყიდველისაგან. სანამ მყიდველი მანქანას წაიყვანდა და ნასყიდობის ხელშეკრულება გაფორმდებოდა, პატრემ სხვა პირზე გაყიდა ეს ა/მანქანა და ნასყიდობაც გაფორმდა. ამის შემდეგ პეტრე პირველ მყიდველს დაემალა.

სახეზეა თაღლითობა. რაც შეეხება საკითხს, თუ ვინაა დაზარალებული ამ ორი მყიდველიდან, გადაწყდება შემდეგნაირად:

ა) თუკი მანქანის მეორედ მყიდველი არის კეთილსინდისიერი შემძენი, ნაყიდი ა/მანქანა დარჩება მას. ხოლო დაზარალებულად ჩათვლება მანქანის პირველი მყიდველი, რომელმაც სამოქალაქო წესით უნდა მოსთხოვის მანქანის გამყიდველს გადახდილი თანხის უკან დაბრუნება, რა თქმა უნდა, მას ასევე აქვს უფლება, მოითხოვის მატერიალური კომპენსაცია მიყენებული მორალური ზიანისათვის;

ბ) თუკი მანქანის მეორე მყიდველი სხვადასხვა გარემოების გამო აღმოჩნდება არაკეთილსინდისიერი შემძენი, მაშინ მანქანა გადაეცემა პირველ მყიდველს, ხოლო თაღლითობაში დაზარალებული იქნება მანქანის მეორე მყიდველი, რომელსაც შეუძლია, სამოქალაქო წესით

მოსთხოვის მანქანის გამყიდველს გადახდილი თანხის უკან დაბრუნება.

თუმცა აქ დგას საკითხი: რას ნიშნავს გაყიდული ნივთის მეორედ გაყიდვა? როდის ჩაითვლება ნივთი გაყიდულად?

ამ საკითხის გადაწყვეტისათვის ერთმანეთისაგან უნდა გაიმიჯნოს:

ა) ნივთი, რომლის ნასყიდობისათვის არაა საჭირო შექმნილი ნივთის რეგისტრაცია საჯარო რეესტრში, ანდა მისი გადაფორმება ოფიციალური ორგანოს მეშვეობით, არამედ საკმარისია მხარეებს შორის ანგარიშსწორება და ნივთის ფაქტობრივი გადაცემა მყიდველზე; და

ბ) ნივთი (მაგალითად, მიწის ნაკვეთი), რომელიც შექმნილად ითვლება მისი საჯარო რეესტრში რეგისტრაციის მომენტიდან (ანდა ა/მანქანა, რომელიც გაყიდულად ითვლება ნასყიდობის ხელშეკრულების სათანადო ორგანოში გაფორმების მომენტიდან). შესაბამისად, ნივთის ღირებულების გადახდა და მისი ფაქტობრივი გადასვლა შემძენის ხელში არაა საკმარისი იმისათვის, რომ ნასყიდობის ხელშეკრულება იურიდიულად დადებულია და ჩაითვალოს, თუნდაც ფაქტობრივი შემძენი უკვე ფლობდეს მას და სარგებლობდეს მისით.

გაყიდული ნივთის მეორედ გაყიდვის შემთხვევა პრაქტიკაში უფრო გავრცელებულია ამ უკანასკნელ შემთხვევაში და შესაბამისად ეს საკითხი ამ შემთხვევაში მეტად პრობლემურია.

მოვიყვანოთ შესაბამისი მაგალითი:

სოფლად მცხოვრებმა პეტრემ საცხოვრებელი სახლი მიწის პატარა ნაკვეთით მიჰყიდა ვასოს. ვასომ გადაუხადა მას შესაბამისი თანხა და დაიწყო ცხოვრება ამ სახლში.

ვასოს მოთხოვნით პეტრეს ევალეზობდა გაყიდულ სახლში არსებული ნივთების მთლიანად გატანა 6 თვის განმავლობაში. ამასთანავე ვასომ სახლის შექმნისთანავე მას გაუკეთა კაპიტალური რემონტი.

დრო გადიოდა და ვასომ სახლის ნასყიდობის ფაქტი ვერ დაარეგისტრირა საჯარო რეესტრში, რისი მიზეზიც იყო ის, რომ მას პირადი საბუთები არ ჰქონდა წესრიგში.

სახლის ფაქტობრივი გაყიდვიდან 5 თვის შემდეგ ვასოსთან

მივიდა ვინმე დავითი (სახლის თავდაპირველ მესაკუთრე პეტრეს თანხლებით) და აუწყა, რომ ერთი კვირის წინ ეს სახლი მან შეიძინა პეტრესგან და ნასყიდობის რეგისტრაციაც უკვე განახორციელა საჯარო რეესტრში. დავითმა შესაბამისი დოკუმენტი წარუდგინა ვასოს და მოსთხოვა სახლის დაცლა.

პეტრემ კი თავის მხრივ უთხრა ვასოს, რომ უკან უბრუნებდა იმ თანხას, რაც მას ამ სახლში ჰქონდა გადახდილი.

ვასოს შეკითხვაზე, თუ რატომ გაყიდა პეტრემ სახლი ხელმეორედ, მან უპასუხა, რომ ახალი მყიდველი მას უკეთეს პირობებს სთავაზობდა. კერძოდ, ნივთების გატანას 2 წლის განმავლობაში აცლიდა.

ვასომ უარი განაცხადა სახლის დაბრუნებაზე და ფულის მიღებაზე, რადგან მან სახლს გაუკეთა რემონტი, რითაც დამატებითი ხარჯი გასწია (7 000 აშშ დოლარი) და მოითხოვა ამ ხარჯის ანაზღაურებაც, რაზეც როგორც დავითმა, ისე პეტრემ უარით უპასუხეს.

ვასომ პეტრეს წინააღმდეგ საჩივარი შეიტანა პროკურატურაში.

პეტრეს ქმედება დაკვალიფიცირდა თაღლითობად, რაშიც დაზარალებულად ცნეს ვასო. ხოლო ქმედების თაღლითობად კვალიფიკაციის არგუმენტი იყო ის, რომ პეტრემ ერთხელ გაყიდა სახლი მეორედ გაყიდა.

ეს საქმე განხილულ იქნა როგორც პირველ, ისე მეორე ინსტანციის სასამართლოზე და კვალიფიკაცია დარჩა უცვლელი.

რაც შეეხება მესამე ინსტანციის სასამართლოს, მან წარმოებაში მიიღო პეტრეს საკასაციო საჩივარი, რითაც იგი ითხოვდა გამამართლებელ განაჩენს.

საქართველოს უზენაესმა სასამართლომ არ დააკმაყოფილა კასატორის მოთხოვნა მის გამართლებაზე, თუმცა შეცვალა ქმედების კვალიფიკაცია. კერძოდ, ქმედება სსკ 180-ე მუხლიდან (თაღლითობა) გადააკვალიფიცირა სსკ 185-ე მუხლზე (ქონებრივი დაზიანება მოტყუებით).¹⁸

სწორია უზენაესი სასამართლოს ეს გადაწყვეტილება იმ ნაწილში, რითაც პეტრეს ქმედება არ ჩაითვალა თაღლითობად. თუმცა არაა

¹⁸ იხ. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2015 წლის 26 ნოემბრის გადაწყვეტილება საქმე №328.

გასაზიარებელი ეს გადანწყვეტილება იმ ნაწილში, რითაც ქმედება დაკვალიფიცირდა, როგორც ქონებრივი დაზიანება მოტყუებით.

საკითხავია: რატომ არ შეიძლება პეტრეს ქმედების კვალიფიკაცია თაღლითობით?

ამ ქმედებაში თაღლითობის ნიშნები არაა ბინის გაყიდვის არც პირველ და არც მეორე შემთხვევაში. შესაბამისად, თაღლითობის მსხვერპლი არაა სახეზე არც პირველ და არც მეორე ეპიზოდში.

დავინწყოთ იმ საკითხის განხილვით, თუ **რატომ არაა ვასო თაღლითობის მსხვერპლი:**

ა) როცა პეტრემ პირველად გაყიდა ბინა, მან ვასოსგან აიღო შეთანხმებული თანხა და დაუთმო სახლი მას;

ბ) ის ფაქტი, რომ ვასომ ვერ შეძლო ფაქტობრივად ნაყიდი სახლის გადაფორმება თავის სახელზე, პეტრეს ბრალით არ იყო გამოწვეული. პეტრეს არ შეიძლება წინასწარ სცოდნოდა, რომ ვასო ნაყიდ სახლის გადაფორმებას გააჭიანურებდა. ამდენად, შეუძლებელია იმის მტკიცება, რომ მან თავიდანვე მოატყუა ვასო;

გ) შესაბამისად, მივიღეთ სიტუაცია, რომლის მიხედვით პეტრეს სახლი იურიდიულად არ გაყიდულა - მისი იურიდიული მესაკუთრე კვლავ პეტრე იყო;

დ) პეტრეს მიერ ფაქტობრივად გაყიდული სახლის სხვა პირზე გაყიდვისას მისი მიზანი არ ყოფილა ორმაგი გამორჩენის ნახვა ერთი სახლის ორჯერ გაყიდვით - საქმის მასალებით დადგენილია, რომ პეტრემ ვასოს შესთავაზა გადახდილი ფულის უკან დაბრუნება, თუმცა ვასომ არ მიიღო ეს შეთავაზება;

ე) საქმის მასალებით არც ისაა დადგენილი, რომ პეტრემ სახლი მეორედ უფრო მეტ ფასში გაყიდა, რაც მას შეეძლო, რადგან მისი კაპიტალურად შეკეთების შემდეგ სახლის ფასი რეალურად გაზრდილი იყო (თუმცა ასეთი ფაქტი დადგენილიც რომ იყოს, ის ქმედების თაღლითობით კვალიფიკაციისათვის მაინც არ გამოდგება, რადგან თაღლითობისას მოტყუება წინ უნდა უძღოდეს სხვისი ნივთის დაუფლებას);

ვ) საბოლოოდ გამოვიდა, რომ პეტრეს სახლი იურიდიულად არ იყო გაყიდული და ამდენად, ადგილი არა აქვს გაყიდული ნივთის

ხელმეორედ გაყიდვას - პეტრემ გაყიდა მის საკუთრებაში არსებული სახლი და მზად იყო უკან დაებრუნებინა ვასოსთვის გადახდილი თანხა;

ზ) რაც შეეხება იმ მატერიალურ დანახარჯს, რაც ვასომ გასწია სახლის შეკეთებაში, მისი დაბრუნება ვასოს უნდა მოეთხოვა სამოქალაქო წესით.

რატომ არაა თაღლითობის მსხვერპლი სახლის მეორედ შემძენი - დავითი?

საქმე ისაა, რომ ნასყიდობის ხელშეკრულების დადებამდე პეტრეს დავითისათვის არ დაუმალავს ინფორმაცია სახლის ფაქტობრივად გასხვისების შესახებ. რაც მთავარია, სახლის იურიდიული მესაკუთრე კვლავ პეტრე იყო. ამიტომაც დავითმა უპრობლემოდ შეძლო სახლის მის სახელზე რეგისტრაცია და ამდენად, იგი არ შეიძლება ჩაითვალოს მოტყუებულად.

აქვე საკითხავია: **არის თუ არა პეტრეს ქმედებაში სსკ 185-ე მუხლით გათვალისწინებული დანაშაულის ნიშნები (ქონებრივი დაზიანება მოტყუებით)?**

ცნობილია, რომ თაღლითობის მსგავსად, ამ დანაშაულის ხერხიც მოტყუებაა, თუმცა თაღლითობისაგან განსხვავებით, იგი არაა დაუფლებითი დანაშაული.

რას ნიშნავს ეს? თაღლითობა რომ დაუფლებითი დანაშაულია, ეს ნიშნავს შემდეგს: თაღლითობისას მოტყუების ხერხის გამოყენებით დამნაშავე უკანონოდ და უსასყიდლოდ (სანაცვლოდ გაღების გარეშე) ამცირებს სხვის ქონებას და პირიქით, ზრდის თავისას („ამოქაჩავს სხვისი ჯიბიდან და გადაქაჩავს საკუთარ ჯიბეში“).¹⁹

რაც შეეხება **ქონებრივ დაზიანებას მოტყუებით**, მართალია, აქაც გამოყენებულია მოტყუების ხერხი და შესაძლოა (თუმცა თაღლითობისაგან განსხვავებით, არაა სავალდებულო), იგი წინ უძღოდეს მესაკუთრისათვის ზიანის მიყენებას, მაგრამ მთავარი ისაა, რომ ამ ქმედებით არ მცირდება მესაკუთრის ქონება. მესაკუთრე **ზიანდება მხოლოდ იმ თვალსაზრისით**, რომ იგი არ იღებს იმ სარგებელს (შემო-

¹⁹ იხ. ნ. თოდუა, წიგნში: სისხლის სამართალი, კერძო ნაწ., წიგნი პირვ., რედ. გ. მამულაშვილი, მ. თოდუა, თბ. 2019, გვ. 464-465.

სავალს), რაც კანონიერად უნდა მიეღო.²⁰

ვნახოთ, თუ არის პეტრეს ქმედებაში ამ დანაშაულის ნიშნები.

პეტრემ გაყიდა ფაქტობრივად (თუმცა არა იურიდიულად) გაყიდული სახლი სხვა პირზე, რომელმაც უკეთესი პირობები შესთავაზა მას (უფრო მეტ ხანს აცლიდა ნივთების გატანას გაყიდული სახლიდან).

როგორც ვხედავთ, ეს პირობები არ იყო დაკავშირებული მატერიალურ შემოსავალთან. გარდა ამისა, პეტრემ ვასოს შესთავაზა გადახდილი თანხის დაბრუნება, რაზეც თავად ვასომ გადაცხადა უარი. ამდენად, ამ ნაწილში ვასოს ქონებრივ ზიანზე საუბარი ზედმეტია.

თუმცა, როგორც საქმიდან ჩანს, ვასოს უარი განპირობებული იყო იმით, რომ იგი სახლში გადახდილთან ერთად, ასევე ითხოვდა მის შეკეთებაში დახარჯული თანხის დაბრუნებას, რაზეც პეტრემ უარი განაცხადა.

ამდენად, გასარკვევია, პეტრეს ეს უკანასკნელი ქმედება ხომ არ შეიცავს სსკ 185-ე მუხლის ნიშნებს?

მართალია, ვასომ მატერიალური ზარალი ნახა იმით, რომ პეტრემ მას არ გადაუხადა სახლის შეკეთებაში გადახდილი თანხა, მაგრამ ამის მიუხედავად სახეზე არაა ქონებრივი დაზიანება მოტყუებით.

რატომ?

საქმე ისაა, რომ ქმედების სსკ 185-ე მუხლით კვალიფიკაციისათვის საკმარისი არაა პირისათვის მხოლოდ ქონებრივი ზიანის მიყენება, არამედ აუცილებელია, ამგვარი დაზიანება იყოს მოტყუების შედეგი. წინააღმდეგ შემთხვევაში სახეზეა მხოლოდ სამოქალაქო სამართალდარღვევა.

მოცემულ საქმეში პეტრეს მხრიდან ვასოს მიმართ ადგილი არ ჰქონია არანაირ მოტყუებას - მოტყუება არც წინ უძღოდა და არც შემდეგ იყო გამოყენებული.

მოტყუება წინ რომ არ უძღოდა პეტრეს ქმედებას, ასეთი დასკვნის საფუძველს იძლევა შემდეგი ფაქტი: როცა პეტრემ სახლი მიჰყიდა ვასოს, მას არ გამოუყენებია მოტყუება - აილო შესაბამისი თანხა და

²⁰ ამ საკითხზე იხ. მ. ლეკვეიშვილი, ნ. თოდუა, წიგნში: სისხლის სამართალი, კერძო ნაწ., წიგნი პირველი, რედ. გ. მამულაშვილი, მ. თოდუა, თბ. 2019, გვ. 539-540.

შეპირებისამებრ გადასცა მას სახლი მფლობელობაში. ვასოს ნებისმიერ დროს შეეძლო მისი გადაფორმება. როგორც უკვე აღინიშნა, ის ფაქტი, რომ ვასომ დროზე არ მოანესრიგა მისი პირადი საბუთები, არაა პეტრეს ბრალი. **უფრო მეტიც**, პეტრემ არც კი იცოდა, ვასოს ჰქონდა თუ არა საბუთები წესრიგში. პეტრემ მხოლოდ შემდეგ დაინახა, რომ სახლის გადაფორმების საქმე გაჭიანურდა ვასოს მიზეზით.

რაც შეეხება სახლის შეკეთებას, იგი ვასომ განახორციელა პირადი სურვილით და ამაზე მხარეები სახლის ფაქტობრივ გაყიდვამდე არ ყოფილან შეთანხმებული. ამდენად, ამ ნაწილშიც გამოირიცხა რაიმე სახის წინმსწრები მოტყუება პეტრეს მხრიდან.

პეტრეს მხრიდან მოტყუება რომ არც შემდეგ (სახლის ფაქტობრივი გაყიდვის შემდეგ) იყო გამოყენებული, ამ დასკვნის საფუძველს იძლევა შემდეგი ფაქტი: სახლის შეკეთება ვასომ ისე განახორციელა, რომ ამაზე პეტრესგან თანხმობა არ მიუღია არც მას შემდეგ, რაც ფაქტობრივად შეიძინა იგი. უფრო მეტიც, არც კი შეატყობინა პეტრეს, რომ აპირებდა სახლის შეკეთებას, რომელიც ჯერ კიდევ პეტრეს საკუთრებაში ითვლებოდა. ეს კი იმას ნიშნავს, რომ მან საკუთარ თავზე აიღო რემონტთან დაკავშირებული ხარჯებიც და მისგან გამომდინარე შედეგებიც.

ვასოს პეტრესთან შეთანხმებით რომ გაეკეთებინა სახლის რემონტი (რამაც რამდენადმე გაზარდა მისი ღირებულება), მაშინ პეტრეს მხრიდან ვასოს თანხმობის გარეშე ამ სახლის სხვა პირზე გაყიდვა, ხოლო შემდეგ კი რემონტში განეული ხარჯის დაბრუნებაზე უარის თქმა ნამდვილად მოგვცემდა სსკ 185-ე მუხლის შემადგენლობას. ამ შემთხვევაში ყველა საფუძველი იქნებოდა იმის სამტიკიცებლად, რომ პეტრეს თანხმობა სახლის რემონტზე ემსახურებოდა ვასოს მოტყუებას. კერძოდ, იგი მიმართული იყო ამ სახლის სხვა პირზე უფრო ადვილად გაყიდვისა და ვასოსათვის ქონებრივი ზიანის მიყენებისკენ. ანუ ამ შემთხვევაში სახეზე იქნებოდა მოტყუება.

საბოლოოდ, უნდა ითქვას, რომ პეტრეს ქმედებაში არაა დანაშაულის ნიშნები და სახეზეა მხოლოდ სამოქალაქო სამართალდარღვევა.

ამდენად, **ერთმანეთისაგან უნდა გაიმიჯნოს ფაქტობრივად და იურიდიულად გაყიდული** ნივთის მეორედ გაყიდვის შემთხვევა.

იურიდიულად გაყიდული ნივთის გაყიდვა სხვა პირზე თაღლითობაა, სადაც სადავოა მხოლოდ პირის დაზარალებულად ცნობის საკითხი. თუ ვინ ჩაითვალოს დაზარალებულად, ეს საკითხი უნდა გადაწყდეს იმის მიხედვით, იყო თუ არა ნივთის მეორედ მყიდველი კეთილსინდისიერი შემძენი.

რაც შეეხება ფაქტობრივად გაყიდული ნივთის გაყიდვას სხვა პირზე, საკითხს უნდა მივუდგეთ დიფერენცირებულად.

კერძოდ, იმ შემთხვევაში, როცა ნივთის მეორედ გაყიდვის შემდეგ მის თავდაპირველ მყიდველს სთავაზობენ ნივთის შეძენისას დაზარალებული ფულის უკან დაბრუნებას, ქმედება თაღლითობად ვერ დაკვალიფიცირდება, რადგან სახეზე არაა მოტყუება, რაც წინ უძღოდა ქმედებას. ქმედების თაღლითობად კვალიფიკაციის საკითხი მაშინ შეიძლება დაისვას, თუკი თავდაპირველ მყიდველს მესაკუთრე არ უბრუნებს ფაქტობრივი შეძენისას გადახდილ თანხას.

10. სასამართლო პრაქტიკის ანალიზი

10.1. მხარეებს შორის სათანადო წესით ხელშეკრულების დადება, უფრო მეტიც, ასევე მიღებული თანხის ნაწილის ნებაყოფლობით დაბრუნება არ გამორიცხავს ქმედების თაღლითობად კვალიფიკაციას, თუკი ყველაფერი ეს ემსახურება პირისადმი ნდობის მოპოვებას და ამ გზით მისი ქონების დაუფლებას.

ხოლო უკეთეს ვერ დამტკიცდება, რომ მოტყუება წინ უძღოდა ქონების დაუფლებას, მაშინ სახეზეა მხოლოდ სამოქალაქო სამართალდარღვევა.

მაგალითები სასამართლო პრაქტიკიდან:

საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სისხლის სამართლის საქმეთა პალატამ 2004 წლის 28 სექტემბერს განიხილა საკასაციო საჩივარი თბილისის საოლქო სასამართლოს სისხლის სამართლის საქმეთა სასამართლო კოლეგიის განაჩენზე, რითაც თოთიბაძე ცნობილ იქნა დამნაშავედ თაღლითობაში.²¹

²¹ იხ. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს გადაწყვეტილებანი სისხლის სამართლის საქმეებზე, 2004 წლის №9, საქმის №91-კოლ.

საქმის მასალებით დადგინდა შემდეგი:

თოთიბაძე 1995 წლის დეკემბერში ჩავიდა გერმანიაში, სადაც გაიცნო ერთ-ერთი გერმანული კომპანიის პრეზიდენტი კინტერაია. მას წარუდგა როგორც ევროპაში ცნობილი, წარმატებული ბიზნეს-მენი, ბრიტანეთის კუნძულ მენზე რეგისტრირებული ერთ-ერთი შპს-ს პრეზიდენტი და განუცხადა, რომ მიზნად ისახავდა საქართველოს ეკონომიკის აღორძინებას.

მანვე იმავე დღეს ამ გერმანულ კომპანიასთან გააფორმა კორპორაციული გარანტია იმის შესახებ, რომ აღნიშნული კომპანიისგან უპროცენტო კრედიტის მიღების შემთხვევაში, თანხებს გამოიყენებდა საქართველოში განხორციელებული სხვადასხვა კონკრეტული პროექტების („ენერჯია-1“, ენერჯია-2“ და სხვ.) ინვესტირებისათვის.

კინტერაია ენდო მას და 200 000 აშშ დოლარი გადარიცხა ქართულ ბანკში თოთიბაძის შპს-ს ანგარიშზე, ხოლო 305 000 აშშ დოლარი გადაურიცხა ლიხტენშტეინში ამავე კომპანიის ანგარიშზე (სულ გადარიცხა 505 000 აშშ დოლარი).

თოთიბაძე განაგრძობდა კინტერაიას მოტყუებას და იმისათვის, რომ მას ეჭვი არ შეპარვოდა მის კრედიტუნარიანობაში, გადარიცხული თანხიდან რამდენიმე თვის შემდეგ 10 000 აშშ დოლარი დაუბრუნა კრედიტორს. თანხის დანარჩენი ნაწილი კი მიისაკუთრა.

ამის შემდეგ თოთიბაძემ ჯერ თბილისში, შემდეგ ზუგდიდში ამავე გზით კიდევ მოატყუა არაერთი პირი (როგორც ფიზიკური, ისე იურიდიული პირი) და თითოეულისგან კრედიტის სახით მიიღო სოლიდური თანხა, ვითომც საქართველოს ეკონომიკის ასაღორძინებლად. ამასთან, ყველა მათგანთან (სულ 17 ეპიზოდი) დადებული იყო სათანადო წესით გაფორმებული ხელშეკრულება. ხელშეკრულებით ნაკისრ ვალდებულებას იგი არ ასრულებდა და თანხას ისაკუთრებდა.

საკასაციო პალატამ ძალაში დატოვა საოლქო სასამართლოს განაჩენი და დადასტურებულად ცნო თალლითობის ჩადენა.

საკასაციო პალატის ეს გადაწყვეტილება კანონიერია, რადგან ის ფაქტი, რომ მსჯავრდებული ყველა პირთან აფორმებდა სათანადო ხელშეკრულებას, სრულებით არ ნიშნავს იმას, რომ მას არ ჰქონდა მათი მოტყუების განზრახვა. ხელშეკრულების დადება ემსახურებოდა

ფიზიკურ პირებთან ნდობაში შესვლას.

მით უმეტეს, იგივე ითქმის იურიდიულ პირებთან ხელშეკრულების დადების ფაქტის მიმართ. საქმე ისაა, რომ მათთან ხელშეკრულების დადება აუცილებელი წინაპირობა იყო არა მხოლოდ მათი მოტყუებისათვის, არამედ ბანკში დამნაშავის ანგარიშზე თანხის გადარიცხვისათვის, რაც მან კარგად იცოდა.

რაც შეეხება გერმანელი ბიზნესმენის მიერ გადარიცხული თანხის ნაწილის (10 000 აშშ დოლარი) უკან დაბრუნებას გადარიცხვიდან რამდენიმე თვის შემდეგ, იგი ემსახურებოდა ნდობის მოპოვების მიზანს, რათა მის მიმართ არ გაჩენილიყო ეჭვი და წარმატებით გაეგრძელებინა მოტყუება. მით უმეტეს, 505 000 აშშ დოლარიდან 10 000 აშშ დოლარი არ იყო თოთიბაძისთვის „დიდი დანაკარგი“.

როგორც ვხედავთ, არა თუ ფიზიკურ პირებს შორის შინაურულად დადებული ხელშეკრულება, არამედ იურიდიულ პირებს შორის სათანადო წესით დადებული ხელშეკრულებაც არ გამოორიცხავს ქმედების თაღლითობად კვალიფიკაციას.

10.2. მეორე მაგალითი (თაღლითობისა და მითვისების, თაღლითობისა და სსკ 185-ე მუხლის გამოიჯენა):

საქართველოს უზენაესის სასამართლოს სისხლის სამართლის საქმეთა პალატამ 2009 წლის 21 იანვარს განიხილა თაღლითობაში მსჯავრდებულ შ. ხ-ძის საკასაციო საჩივარი თბილისის სააპელაციო სასამართლოს 2008 წლის 13 ივნისის განაჩენზე.²²

სასამართლომ დადგენილად ცნო შემდეგი ფაქტობრივი გარემოება:

მსჯავრდებული შ. ხ-ძე 2004 წლიდან მუშაობდა სს „პროკრედიტ ბანკის“ ცენტრალური ფილიალის მარნეულის განყოფილებაში აგროსესხების მიმართულებით საკრედიტო ექსპერტად და სამსახურებრივად ემორჩილებოდა უფროს საკრედიტო ექსპერტ გ. მ-ძეს, რომელსაც თავის მხრივ ევალებოდა, ორგანიზება გაეკეთებინა და სხვა ექსპერტებთან ერთად ყველა შესაძლო ღონისძიება გაეტარებინა

²² იხ. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს გადაწყვეტილებანი სისხლის სამართლის საქმეებზე, 2009 №9, საქმე №1034-აპ.

ვადაგადაცილებული და პრობლემური სესხების ამოსაღებად. პრობლემის შემთხვევაში კი ეცნობებინა ბანკის ფილიალის მმართველისა და საკრედიტო მენეჯერისათვის.

2005 წელს ბანკის გენერალური დირექტორის მოადგილის ბრძანების შესაბამისად, დადგინდა ინსტრუქცია, რომლის თანახმადაც ფულის მიღება ბანკის კლიენტებისგან შეიძლებოდა განხორციელებულიყო ხელზე, თუ სახეზე იყო სხვადასხვა არაორდინალური შემთხვევა: ა) თუ მსესხებელი ვერ ახერხებდა ბანკში მოსვლას ჯანმრთელობის მდგომარეობის ან სხვა ობიექტური მიზეზის გამო; ბ) თუ მსესხებელი გამოცხადდებოდა ბანკში დაგვიანებით (სალაროს დახურვის შემდეგ); ასევე ინსტრუქციაში მითითებულ სხვა შემთხვევაში.

ამ დროს მსესხებლისგან ნაღდი ფულის მიღება უნდა მომხდარიყო მიღება-ჩაბარების აქტით, რაც უნდა შემდგარიყო სამ ეგზემპლარად. შევსებული და ხელმოწერილი აქტის ერთი ეგზემპლარი უნდა ჩაბარებოდა მსესხებელს, მეორე უნდა ჩაკერებულიყო მსესხებლის საკრედიტო ფაილში, ხოლო მესამე უნდა გადასცემოდა ოპერაციონისტს, რის საფუძველზეც იგი შეიძლებდა მიღებული თანხის შეტანის რეგისტრაციას. მიღებული თანხის შეტანა მსესხებლის ანგარიშზე უნდა განხორციელებულიყო არაუგვიანეს მეორე სამუშაო დღისა.

გ. მ-ძემ და შ. ხ-ძემ ბოროტად გამოიყენეს რა მათზე მინიჭებული უფლებამოსილება, სულ 125 მსესხებლისგან ამოღებული 329 187 ლარიდან და 20 301 აშშ დოლარიდან შესაბამის ანგარიშზე არ შეიტანეს და მიისაკუთრეს 318 717 ლარი და 20 063 აშშ დოლარი.

ისინი მსესხებლისაგან იღებდნენ თანხას, ავსებდნენ აქტის მხოლოდ ერთ ეგზემპლარს და აძლევდნენ მას მსესხებელს. ხოლო თანხის უდიდეს ნაწილს ისაკუთრებდნენ. ანგარიშზე ან მხოლოდ მისი მიზერული ნაწილი შეჰქონდათ, ან საერთოდ არ შეჰქონდათ.

მათი ქმედება როგორც გამოძიების ეტაპზე, ისე პირველი ინსტანციის სასამართლოს მიერ დაკვალიფიცირდა თაღლითობად, რაც ჩადენილია სამსახურებრივი მდგომარეობის გამოყენებით, დიდი ოდენობით.

ამ კვალიფიკაციას არ დაეთანხმა როგორც სააპელაციო, ისე საკასაციო ინსტანცია, რაც აღინიშნა მათ მიერ გამოტანილ

გადანწყვეტილებაში, რადგან სახეზეა მითვისება. თუმცა იქვე აღინიშნა, რომ ვინაიდან სსკ 182-ე მუხლით გათვალისწინებული დანაშაული უფრო მძიმე კატეგორიის დანაშაულს წარმოადგენს, ქმედების კვალიფიკაცია უცვლელად დარჩება.²³

საკითხავია, რომელი მოსაზრებაა სწორი - ჩადენილია თაღლითობა სამსახურებრივი მდგომარეობის გამოყენებით, თუ მითვისება, ჩადენილი იგივე დამამძიმებელ გარემოებაში?

სწორია სააპელაციო და საკასაციო ინსტანციის აზრი, რომ სახეზეა მითვისება, ჩადენილი სამსახურებრივი მდგომარეობის გამოყენებით.

როგორც საქმის მასალებიდან ირკვევა, შ. ხ-ძე ბანკის მსესხებლებისაგან იღებდა რა შესაბამის თანხას, სათანადო წესით ავსებდა ხელმოწერილ და ბეჭედდასმული აქტის ერთ ეგზემპლიარს, რომელსაც აძლევდა მსესხებელს.

ამ მომენტიდან შ.ხ-ძის ხელში გადასული თანხა იურიდიულად ითვლება მის მართლზომიერ მფლობელობაში არსებულად, რადგან მან მოქალაქისგან თანხა მიიღო შესაბამისი ინსტრუქციის საფუძველზე შედგენილი აქტით. ხოლო ეს აქტი ჩააბარა მოქალაქეს მისი მიღების დასტურად (სხვა საკითხია, რამდენი ეგზემპლიარი შეადგინა). ის ფაქტი, რომ იგი მხოლოდ ერთ ეგზემპლიარს ადგენდა, მიღებული თანხის ფლობის მართლზომიერებას არ გამოორიცხავს, რადგან თანხის კანონიერად მიღების დამადასტურებელი ერთი დოკუმენტი სახეზეა. იგი დანარჩენ ორ აქტს არ ავსებდა იმიტომ, რომ ადვილად დაეფარა თანხის მისაკუთრების ფაქტი.

რადგან ეს თანხა უკვე მის მართლზომიერ მფლობელობაშია (თუმცა, რა თქმა უნდა, არა საკუთრებაში), მისი მისაკუთრება გვაძლევს არა თაღლითობის, არამედ მითვისების შემადგენლობას.

აქვე კიდევ ერთხელ უნდა ითქვას, რომ მითვისება არ გამოორიცხავს მოტყუების გარკვეული ელემენტების არსებობას, როგორც ამას ადგილი ჰქონდა მოცემულ შემთხვევაში. კერძოდ, შ. ხ-ძე ადგენდა მხოლოდ ერთ აქტს, უმაღლავდა ბანკის ხელმძღვანელობას, რომ კლიენტებისგან აღებული ჰქონდა თანხა და მხოლოდ მისი მიზერული

²³ იხ. დასახ. გადანწყვეტილება, გვ. 56.

ნაწილი შეჰქონდა მათ ანგარიშზე. დიდ ნაწილს კი ითვისებდა.

მთავარი აქ ისაა, რომ შესაბამისი აქტის გამონერის საფუძველზე მიღებული თანხა იმყოფებოდა მის მართლზომიერ მფლობელობაში, როგორც ბანკის წარმომადგენლისა.

საკითხავია: ხომ არაა სახეზე ქონებრივი დაზიანება მოცყუებით - სსკ 185-ე მუხლი?

მსჯავრდებულის ადვოკატმა მოითხოვა ამ საქმის სსკ 185-ე მუხლზე გადაკვალიფიცირება, რაც შემდგნაირად დაასაბუთა:

სსკ 185-ე მუხლით გათვალისწინებული დანაშაულის ობიექტური მხარე გამოიხატება იმაში, რომ დამნაშავე მესაკუთრის ნდობას იყენებს ბოროტად, ატყუებს და ამით აზიანებს მას ქონებრივად. ... თუ თაღლითობისა და დაუფლების ნებისმიერი ფორმისას დამნაშავე პირდაპირ იღებს მესაკუთრის ან ქონებრივი მფლობელისგან ქონების უშუალო ნაწილს, აქ მდგომარეობა სხვაგვარადაა. კერძოდ, შრომითი ხელშეკრულების დადების შემდეგ უჩნდება დამნაშავეს სურვილი, ქონების მეპატრონეს დააკლოს კუთვნილი თანხა.²⁴

განსახილველი შემთხვევა ერთის შეხედვით მართლაც ჰგავს სსკ 185-ე მუხლით გათვალისწინებულ დანაშაულს - ქონებრივი დაზიანება მოცყუებით - მსჯავრდებულმა ბანკში არ გადარიცხა შესაბამისი თანხა, თუმცა ბანკის ფონდებიდან არაფერი ამოუღია, არ შეუმცირებია მისი ფულადი ფონდები.

ამის მიუხედავად, სახეზე არაა ქონებრივი დაზიანება მოცყუებით.

რატომ?

ამ დანაშაულისთვის სხვა ნიშნებთან ერთად, დამახასიათებელია კიდევ ერთი თავისებურება - თუ დამნაშავე ფაქტზე არ იქნა მხილებული, შემდეგში მის მიერ გაცემული რაიმე სახის დოკუმენტი (აქ არ იგულისხმება ამოღებული ვიდეო-მასალა), რითაც დადასტურდება მის მიერ შემოსავლის მიღება და მისაკუთრება, არ არსებობს. ამდენად, საქმის გახსნა ძირითადად მოწმეთა ჩვენებაზეა დამყარებული, რაც აძნელებს მტკიცების პროცესს.

მაგალითად, არაა გაცემული ბილეთები, რაც ადასტურებს შესაბამისი თანხის მიღებას. არაა გაცემული ქვითარი, ან აქტი, რითაც

²⁴ იხ. დასახ. გადაწყვეტილება, გვ. 54.

დასტურდება თანხისა, თუ სხვა სახის ქონების გადასვლა დამნაშავეს ხელში. ანდა დამნაშავე სხვაგვარად აზარალებს პირს (მაგ. არ იხდის ტაქსის მომსახურების საფასურს) და სხვ.

მოცემულ შემთხვევაში კი მსჯავრდებულის მიერ გაცემული იყო სათანადო წესით შედგენილი აქტი, რაც ადასტურებდა მის მიერ მოქალაქეებისგან შესაბამისი თანხის მიღებას. ეს კი, როგორც აღინიშნა, იმას ნიშნავს, რომ ეს თანხა უკვე მის მართლზომიერ მფლობელობაში იყო, როგორც ბანკის წარმომადგენლისა. შესაბამისად, ეს თანხა იურიდიულად (თუმცა არა ფაქტობრივად) უკვე ბანკის ფონდებში რიცხულად ითვლება, რადგან იგი ბანკის წარმომადგენლის ხელში აღმოჩნდა თავად ამ ბანკის ნებართვითა და შესაბამისი ნორმატიული აქტის საფუძველზე.

როცა პირი ისაკუთრების სხვის მიერ მის (ამ შემთხვევაში ბანკის მიერ) მართლზომიერ მფლობელობაში გადაცემულ ქონებას, სახეზეა მითვისება.

სამსახურებრივი მდგომარეობის გამოყენება გამოიხატა იმაში, რომ მან ნაცვლად სამისა, შეადგინა ერთი აქტი, ასევე არ გადარიცხა თანხა შესაბამის ანგარიშზე და მიისაკუთრა იგი.

10.3. მესამე მაგალითი (თაღლითობისა და მითვისების გამიჯვნა, როცა პირი ისაკუთრებს მინდობილობით მიღებულ ქონებას):

საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სისხლის სამართლი საქმეთა პალატამ 2004 წელს განიხილა დაზარალებულის საკასაციო საჩივარი თბილისის სააპელაციო სასამართლოს მიერ გამოტანილ განაჩენზე.²⁵

განაჩენით მსჯავრდებულ ოდიშვილს მსჯავრი დაედო თაღლითობის ჩადენაში.

საქმის მასალებით დადგინდა შემდეგი:

დაზარალებულ ჯაბაურსა და ერთ-ერთ სამშენებლო ფირმას შორის დაიდო ხელშეკრულება, რომლის ძალითაც ჯაბაურის საცხოვრებელი სახლის ადგილას ეს ფირმა ააშენებდა საცხოვრებელ კორპუსს, სადაც ბინას მისცემდა ჯაბაურსაც.

²⁵ იხ. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს გადაწყვეტილებანი სისხლის სამართლის საქმეებზე, 2004 №11, საქმე №308-აპ.

სახლი დაანგრიეს, მაგრამ სახსრების უქონლობის გამო მის ადგილას კორპუსის აგება ვერ მოხერხდა. ჯაბაურმა ფირმას მოსთხოვა დანგრეული სახლის შესაბამისი ღირებულების მიცემა, მაგრამ ეს საკითხიც გაჭიანურდა.

ჯაბაურს თბილისში არ ჰქონდა ბინა. ამიტომ დროებით საცხოვრებლად წავიდა სოფელში.

ვინაიდან არ ჰქონდა სოფლიდან თბილისში მგზავრობისათვის საჭირო სახსრები, მან მინდობილობა გაუფორმა ცოლის დისშვილ ოდიშვილს, რათა მისი სახელით აეღო მისი კუთვნილი ფულადი თანხა სამშენებლო ფირმისაგან და გადაეცა მისთვის.

ოდიშვილმა მინდობილობის საფუძველზე მართლაც გამოიტანა ერთ ოთახიანი ბინის ღირებულების კომპენსაცია (9325 ლარი) და ნაცვლად იმისა, რომ მიეცა იგი ჯაბაურისათვის, თავად მიისაკუთრა.

ჯაბაურს კი 4 წლის განმავლობაში ატყუებდა, რომ ვერ მიიღო აღნიშნული თანხა.

ჩადენილი ქმედება დაკვალიფიცირდა თაღლითობად.

რითაა დასაბუთებული ასეთი კვალიფიკაცია?

ცნობილია, რომ უკეთუ მოტყუება წინ უძღვის სხვისი ქონების დაუფლებას, სახეზეა თაღლითობა, ხოლო როცა პირი ისაკუთრებს მის მართლზომიერ მფლობელობაში არსებულ ნივთს, სახეზეა მითვისება.

მოცემულ შემთხვევაში სწორედ ესაა გასარკვევი, რადგან მინდობილობის საფუძველზე აღებული თანხა, როგორც წესი, იმყოფება პირის მართლზომიერ მფლობელობაში.

საქმის მასალებით გაირკვა, რომ ჯაბაურმა ოდიშვილს მისცა მინდობილობა იმაზე, რომ სამშენებლო კომპანიას მისთვის ან ბინა მიეცა, ან ფულადი კომპენსაცია.

მაშ, რითაა დადასტურებული თაღლითობის ჩადენა?

ამის შესახებ უზენაესი სასამართლოს განჩინებაში ვკითხულობთ: ოდიშვილმა ისარგებლა ჯაბაურის ნდობით და განიზრახა მისი მოტყუება იმგვარად, რომ შპს „თამისიდან“ ერთოთახიანი ბინის ფართის სანაცვლოდ კომპენსაციის სახით გამოეტანა მისი ღირებულება

და მიეთვისებინა.²⁶

თუ სადავოდ არ გავხდით განჩინებაში მოყვანილ ამ არგუმენტს (თუმცა მასში არ ჩანს, თუ საიდან გაკეთდა ეს დასკვნა), მაშინ გამოდის, რომ ოდიშვილმა იზრუნა იმაზე, რომ მიელო არა ბინა (ბინის მიღების შემთხვევაში იგი მას ვერ მიისაკუთრებდა, რადგან არ მოხდებოდა ამ უძრავი ქონების მის სახელზე გადაფორმება), არამედ ფულადი კომპენსაცია, რისი მისაკუთრებაც, როგორც მოძრავი ნივთისა, ადვილი იყო.

ეს კი აშკარად მიანიშნებს იმ ფაქტზე, რომ მოტყუება წინ უძღოდა სხვისი ნივთის (ფულის) დაუფლებას. მან მოატყუა შპს „თამისი“, როცა შესაბამისი მინდობილობის გამოყენებით, თანხის აღებამდე დადო მასთან ხელშეკრულება, რომ თითქოს აღებულ თანხას გადასცემდა ჯაბაურს.

შესაბამისად, მართლაც სახეზეა თაღლითობა.

უკეთეს საქმეში გამოიკვეთება სხვა ვითარება, როცა მინდობილობით აღებული თანხის მისაკუთრების მიზანი პირს მისი მიღების შემდეგ გაუჩნდა, სახეზე იქნება მითვისება და არა თაღლითობა. **საქმე ისაა**, რომ მინდობილობის საფუძველზე მიღებული თანხა იმყოფება ამ პირის მართლზომიერ მფლობელობაში, რადგან მის მიღებას წინ არ უძღოდა მოტყუება. რაც შეეხება მოტყუების საფუძველზე მიღებულ ფულს, იგი არ იმყოფება პირის მართლზომიერ მფლობელობაში თუნდაც მაშინ, როცა მოტყუებისათვის გამოყენებულია კანონიერ საფუძველზე გაცემული მინდობილობა. ამდენად, ამ დროს ზედმეტი საუბარი მითვისებაზე, არამედ სახეზეა თაღლითობა.

²⁶ იხ. დასახ. განჩინება, გვ. 2418.

ირინა აქუბარდია

ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის ასოცირებული პროფესორი, სამართლის დოქტორი

პოლიციის პრევენციული და რეპრესიული ლონისძიებების გამიჯვნის პრობლემატიკა

შესავალი

დანაშაულის გამოვლენა, აღკვეთა, თავიდან აცილება სხვადასხვა სახელმწიფო ორგანოს უმნიშვნელოვანესი ამოცანაა. ამასთან, სამართალდამცავ ორგანოთა სისტემაში პოლიციას ერთ-ერთი ძირითადი ადგილი უკავია დანაშაულის პრევენციის საქმეში.

დემოკრატიულ საზოგადოებაში, სადაც მოქმედებს კანონის უზენაესობა, პოლიციის მთავარი მიზნებია: შეინარჩუნოს სიმშვიდე და მართლწესრიგი საზოგადოებაში; დაიცვას და პატივი სცეს პირთა ძირითად უფლებებსა და თავისუფლებებს, რომლებსაც ითვალისწინებს ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენცია; აღკვეთოს და აღმოფხვრას დანაშაული; გამოავლინოს დანაშაული; დაეხმაროს და მოემსახუროს საზოგადოებას.¹

საპოლიციო ღონისძიებების ეფექტიანობა დამოკიდებულია საზოგადოების მხარდაჭერაზე. ამავ დროს პოლიციის მიერ ადამიანის ძირითად უფლებათა და თავისუფლებათა დაცვა და პატივისცემა განაპირობებს პოლიციისადმი საზოგადოების ნდობას და მხარდაჭერას.

საპოლიციო ღონისძიებების გამოყენების დროს გარდაუვალია ადამიანის უფლებებში ჩარევა, თუმცა ხშირ შემთხვევაში კონკრეტული გარემოებების გათვალისწინებით პოლიციის თანამშრომლის მიდგომაზეა დამოკიდებული, „ასეთი ჩარევა გამართლებულად ჩაითვლება თუ ადამიანის უფლებათა დარღვევად.“²

ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლო განმარტავს,

¹ მინისტრთა კომიტეტის რეკომენდაცია ნევრი სახელმწიფოებისადმი Rec (2001)10 პოლიციის ეთიკის ევროპულ კოდექსზე, მუხლი I.1.

² იქვე, გვ. 14.

რომ “თანამედროვე საზოგადოებებში პოლიციის საქმიანობა რთულია, ადამიანის ქმედების განჭვრეტა - შეუძლებელი, ოპერატიული არჩევანი კი პრიორიტეტებისა და რესურსების მიხედვით უნდა გაკეთდეს და, ამ ყველაფრის გათვალისწინებით,”³ პოლიციის ორგანოებს უნდა მიეცეთ კონკრეტულ სიტუაციაში გადანწყვეტილების მიღების დისკრეციული უფლებამოსილება.

პოლიციის რეფორმის შედეგად კანონმდებლობით განისაზღვრა მთელი რიგი ახალი საპოლიციო ღონისძიებები. რეფორმა მიზნად ისახავდა ეფექტიანი და ანგარიშვალდებული სამართალდამცავი უწყების ჩამოყალიბებას, რომელიც ორიენტირებულია დანაშაულის პრევენციაზე, დანაშაულთან მიმართებით სწრაფ რეაგირებაზე და საბოლოო ჯამში საზოგადოებრივ უსაფრთხოებასა და მართლწესრიგის უზრუნველყოფაზე. აქედან გამომდინარე, რეფორმის ძირითად მიმართულებად განისაზღვრა პოლიციის პრევენციული და საგამოძიებო ფუნქციების გაძლიერება. რეფორმის მიუხედავად, პოლიციის პოლიტიკა შეფასებულია როგორც ძალაუფლების პოლიტიკა. ლიტერატურაში აღნიშნულია, რომ მიუხედავად მცდელობისა, პოლიციის ზოგადი/სოციალური პრევენციის მოდელი ჯერ-ჯერობით ვერ დამკვიდრდა ჩვენს სინამდვილეში. შესაბამისად ნაკლები სივრცე რჩება პოლიციასა და მოქალაქეებს შორის თანასწორობაზე, ნებაყოფლობითობაზე დამყარებული ურთიერთობისთვის.⁴

პოლიციის პრევენციული ფუნქცია მიზნად ისახავს საფრთხის აღკვეთას, თავიდან აცილებას (მათ შორის დანაშაულის ჩადენის საფრთხის აღკვეთას), რეაგირების ფუნქცია კი მიმართულია უკვე დამდგარი შედეგის (საფრთხის რეალიზებით მიყენებული ზიანის), მათ შორის, ჩადენილი დანაშაულის გამოვლენა-გამოძიებისკენ. თუმცა პრევენციული მიზნით განხორციელებული საპოლიციო ღონისძიებები სათანადო გარემოებებში შეიძლება დასრულდეს რეაგირების ღონისძიებებით.⁵

ლიტერატურაში გამოთქმულია მოსაზრება, რომ პოლიციის შესა-

³ Kontrova v Slovakia, 31/05/ 2007, §50.

⁴ იხ. პოლიციის პოლიტიკა, „ლიბერალი“ 04.11.2016, [1] <http://police.ge/ge/shss-shi-ertoblivi-operatsiebis-tsentri-gaikhsna/10061>.

⁵ Schenke, Polizei- und Ordnungsrecht, 6. Auflage, Heidelberg 2009, S. 45.

ხებ ახალი კანონი შეესაბამება ევროპულ სტანდარტებს, რომ კანონმა პოლიციელს ნათლად განუსაზღვრა პოლიციური ღონისძიებები და მას დაუტოვა დისკრეცია თავის არჩევანში, რომ კანონი პოლიციურ ღონისძიებებს ერთმანეთისაგან მიჯნავს იმის მიხედვით, თუ რა არის მისი განხორციელების მიზანი. ის ღონისძიებები, რომლებიც ემსახურება საზოგადოებრივი უსაფრთხოებისა და მართლწესრიგისათვის საფრთხის თავიდან აცილებას, არის პრევენციული პოლიციური ღონისძიებები და ისინი განსაზღვრულია პოლიციის შესახებ საქართველოს კანონით, ხოლო ის პოლიციური ღონისძიებები, რომლებიც მიმართულია სამართალდარღვევაზე რეაგირებისაკენ, არ არის მოცემული ამ კანონში. კანონმდებელი პოლიციის შესახებ საქართველოს კანონში აკეთებს დათქმას, რომ პოლიციის რეპრესიული ღონისძიებები უნდა განისაზღვროს ადმინისტრაციულ სამართალდარღვევათა და სისხლის სამართლის კანონმდებლობით.⁶ თუმცა გასარკვევია, არის თუ არა პრევენციული ყველა ის ღონისძიება, რომლებსაც ითვალისწინებს პოლიციის შესახებ კანონი, ხომ არ იკვეთება მათი რეპრესიული ბუნება და ვინაიდან ზოგიერთი მათგანი იმავდროულად სხვადასხვა საკანონმდებლო ჩარჩოშია მოქცეული, ხომ არ დგას საკანონმდებლო დონეზე მათი გამიჯვნის აუცილებლობა.

ნაშრომის მიზანს წარმოადგენს პოლიციის ცალკეული პრევენციული ღონისძიებების გამოკვლევა/შესწავლა, მათი საკანონმდებლო მონესრიგების თუ პრაქტიკული გამოყენების კუთხით პრობლემების იდენტიფიცირება, პრევენციული ღონისძიებების გამოყენებისას ადამიანის უფლებათა დაცვის ქრილში არსებული საფრთხეების გამოვლენა, პრევენციული და რეპრესიული ღონისძიებების გამიჯვნის მნიშვნელობისა და აუცილებლობის განსაზღვრა.

⁶ კ. ტურავა, საქართველოს პოლიციის საქმიანობის მარეგულირებელი ნორმების შესაბამისობა ადამიანის უფლებათა ევროპულ სტანდარტებთან, წიგნში: ადამიანის უფლებების დაცვა და სამართლებრივი რეფორმა საქართველოში, რედ. კ. კორკელია, თბ. 2014, გვ. 133.

1. პოლიციის პრევენციული ღონისძიებები

პოლიციის, როგორც საზოგადოებრივი უსაფრთხოებისა და მართლწესრიგის დაცვაზე პასუხისმგებელი უწყების მთავარი ამოცანაა საფრთხის თავიდან აცილება.⁷ სახელმწიფოს ერთ-ერთი მთავარი დანიშნულება სწორედ პრევენციული საქმიანობის ეფექტიანად წარმართვაა, რათა დროულად იქნეს არიდებული საფრთხეები სახელმწიფოსა და მოქალაქეების წინააღმდეგ.⁸

პრევენციული საპოლიციო სისტემა გულისხმობს ღონისძიებების ერთობლიობას, რომელიც მიემართება დანაშაულის ან სამართალდარღვევის თავიდან აცილებისა და აღკვეთისკენ და სხვადასხვა ინტენსივობის საპოლიციო მოქმედებებით ხორციელდება. პრევენციის სისტემის მიზანია საფრთხის აღმოჩენა და განეიტრალება მის რეალიზებამდე, ამ მნიშვნელოვანი საზოგადოებრივი სიკეთის მისაღწევად კი კანონმდებლობა ადამიანის უფლებებსა და თავისუფლებებში სხვადასხვა ინტენსივობით ჩარევის შესაძლებლობას უშვებს.⁹

დანაშაულის პრევენციის სტანდარტები მიღებულია გაეროს ეკონომიკური და სოციალური საბჭოს 2002 წლის რეზოლუციით.¹⁰ პოლიცია სარგებლობს დისკრეციული უფლებამოსილებით, თვითონ გადაწყვიტოს კონკრეტულ შემთხვევაში, თუ რა საპოლიციო ღონისძიებები განახორციელოს.

დანაშაულის ნიშნების არსებობის შემთხვევაში პოლიცია ყოველთვის ვალდებულია, მკაცრად დაიცვას ლეგალურობის პრინციპის მოთხოვნები და დაიწყოს წინასწარი გამოძიება, რომლის შესახებაც მან პროკურატურას უნდა აცნობოს. დისკრეციულ უფლებამოსილებას ოპორტუნობის პრინციპი პოლიციას მხოლოდ პრევენციული საქმიანობის დროს, ანუ საზოგადოებრივი უსაფრთხოებისა და წესრიგის საფრთხისგან დაცვისას ანიჭებს, რომლის მიხედვითაც, იგი

⁷ საპოლიციო სამართალი, ავტორთა ჯგუფი, თბ. 2015, გვ. 24.

⁸ იქვე, გვ. 19-20.

⁹ დანაშაულის პრევენცია (საპოლიციო კონტროლის რისკები), ადამიანის უფლებების სწავლებისა და მონიტორინგის ცენტრი (EMC), 2017, გვ. 6.

¹⁰ UN Economic and Social Council by resolution 2002/13 at its 37th plenary meeting. on 24 July 2002; იხ: <http://ww2.unhabitat.org/programmes/safercities/documents/declarations/ny.pdf>.

ყოველთვის ვალდებული არ არის, საფრთხისგან დასაცავად რეაგირება მოახდინოს.¹¹

„პოლიციის შესახებ“ მოქმედი კანონით განსაზღვრულ ახალ საპოლიციო ღონისძიებებს მიეკუთვნება: პირის გამოკითხვა, პირის იდენტიფიკაცია, პირის მონვევა, ზედაპირული შემოწმება და დათვალიერება, სპეციალური შემოწმება და დათვალიერება, სპეციალური საპოლიციო კონტროლი, ადგილის დატოვების მოთხოვნა და კონკრეტულ ტერიტორიაზე შესვლის აკრძალვა, პირის ან სატრანსპორტო საშუალების გადაადგილების ან ნივთის ფაქტობრივი ფლობის შეზღუდვა, ავტომატური ფოტოტექნიკის (რადარის) და ვიდეოტექნიკის გამოყენება, ტექნიკური საშუალებების შექმნა და გამოყენება, ოპერატიულ-სამძებრო ღონისძიებების განხორციელება. ამ ღონისძიებების უმრავლესობის მიზანი დანაშაულის გამოვლენა ან/და მასზე რეაგირებაა, რაც ნაკლებად შეიძლება იყოს განხილული პრევენციულ ღონისძიებად. შესაბამისად, ძალიან ძნელია და ხშირად შეუძლებელიც მკვეთრად გაიმიჯნოს პოლიციის პრევენციული და რეპრესიული ღონისძიებები.

„პრევენციასა და სისხლის სამართლის მართლმსაჯულებას შორის ერთგვარი ბალანსის დარღვევის შემთხვევაში, არსებითი საფრთხე ექმნება ადამიანის უფლებების მდგომარეობას. პოლიციის პრევენციული ფუნქციების არასათანადო გაფართოების და გამოყენების შემთხვევაში, კრიტიკულად დგება თავისუფლებისა და ტოტალური სოციალური კონტროლის პრობლემები. სწორედ ამიტომ, მნიშვნელოვანია, საქართველოში მოქმედი პრევენციული საპოლიციო მოდელის კრიტიკული გააზრება ადამიანის უფლებების, ინდივიდუალური თავისუფლებისა და შეუზღუდავი საპოლიციო კონტროლისგან დაცვის პრინციპების კონტექსტში.“¹²

პრევენციული ღონისძიებების უმეტესობა იმდენად ახლოს დგას რეპრესიულ ღონისძიებებთან, რომ შეიძლება ითქვას, მან დაკარგა პრევენციული ხასიათი, ანუ მიაღწია უფლებაში ჩარევის სისხლის-

¹¹ გ. თუმანიშვილი, პოლიციის საქმიანობის ძირითადი პრინციპები, ჟ. „სამართლის ჟურნალი“ №1, 2009, გვ. 47.

¹² უხილავი ძალაუფლების პოლიტიკა, სამართალდამცავი სისტემის ანალიზი, ადამიანის უფლებების სწავლებისა და მონიტორინგის ცენტრი (EMC), 2015, გვ. 43.

სამართლებრივ ინტენსივობას, რაც საფრთხის შემცველია, რადგან საპოლიციო პრევენციულ ღონისძიებებზე არ ხორციელდება საპროკურორო, სასამართლო კონტროლის ის მექანიზმები, რაც რეპრესიული ღონისძიებების დროს საპროცესო კანონმდებლობით არის დადგენილი.

აღნიშნულის ნათელსაყოფად მოკლედ განვიხილოთ ცალკეული საპოლიციო პრევენციული ღონისძიებები.

პირის გამოკითხვა

გამოკითხვის რეგულაციას შეიცავს რამდენიმე საკანონმდებლო აქტი. კერძოდ, გამოკითხვა, როგორც საგამოძიებო მოქმედება, გათვალისწინებულია სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსით. გამოკითხვას, როგორც ოპერატიულ-სამძებრო ღონისძიებას განსაზღვრავს ოპერატიულ-სამძებრო საქმიანობის შესახებ კანონი, ხოლო გამოკითხვას, როგორც პრევენციულ ღონისძიებას აწესრიგებს პოლიციის შესახებ კანონი. თავის მხრივ, პრევენციული ღონისძიების სახით პირის გამოკითხვა შეიძლება ჩატარდეს რამდენიმე მიზნით: ვინაობის დადგენის, პერსონალური მონაცემების მოპოვების, საპოლიციო ფუნქციების შესრულებისათვის საჭირო ინფორმაციის მიღების მიზნით. კერძოდ, გამოკითხვა ნებაყოფლობითია მხოლოდ იმ შემთხვევაში, თუ იგი ტარდება საპოლიციო ფუნქციების შესრულებისათვის საჭირო ინფორმაციის მიღების მიზნით, ხოლო თუ პირს აქვს ძებნილი ან დაკარგული პირის იდენტური გარეგნული ნიშნები, თუ არსებობს საკმარისი საფუძველი ვარაუდისთვის, რომ პირმა ჩაიდინა სამართალდარღვევა ან ჩაიდენს მას, თუ პირი იმყოფება დანაშაულის ან საგზაო-სატრანსპორტო ან სხვა საგანგებო შემთხვევის ადგილზე და სხვ. შეჩერებული მოქალაქე ვალდებულია, მონაწილეობა მიიღოს გამოკითხვის პროცესში. ამასთან, ნაკლები იმპერატიულობით შეიძლება ითქვას, რომ გამოკითხვის პროცესი შემოიფარგლება მხოლოდ პერსონალური მონაცემების შესახებ ინფორმაციის მიღებით და სხვა სახის კითხვები არ იქნება დასმული. საგამოძიებო მოქმედება-გამოკითხვისაგან განსხვავებით, პოლიციის შესახებ კანონით ასევე არ არის განსაზღვრული გამოსაკითხი პირისთვის უფლებების

განმარტება, გამოკითხვის პროცესის დოკუმენტირება და შესაბამისი ოქმის შედგენა, რაც პოლიციის მიერ თავისი უფლებამოსილების ბოროტად გამოყენების რისკებს ზრდის.

1.2. პირის მოწვევა

პირი შეიძლება მოწვეული იყოს პოლიციაში გასაუბრების მიზნით.

პირის მოწვევა განსხვავდება ადმინისტრაციული სამართალდამრღვევის პოლიციაში მიყვანისგან. ამ უკანასკნელ შემთხვევაში პოლიცია ვალდებულია სამართალდამრღვევი მიიყვანოს პოლიციაში ოქმის გასაფორმებლად, თუ ადმინისტრაციული სამართალდარღვევის ოქმის შედგენა ადგილზე შეუძლებელია. მიყვანა ხორციელდება ასევე ადმინისტრაციულ სამართალდარღვევათა კოდექსის 243-ე მუხლით გათვალისწინებულ შემთხვევებში.¹³

პირის მოწვევა შეიძლება შევადაროთ გამოკითხვის მიზნით პირის დაბარებას. ორივე შემთხვევაში პოლიცია მიზნად ისახავს პირისგან საჭირო ინფორმაციის მიღებას, რომელიც პოლიციას დაეხმარება თავისი ფუნქციის შესრულებაში. საგამოძიებო მოქმედება გამოკითხვის დროს ინფორმაციის მიღება კონკრეტულ დანაშაულებრივ ქმედებას უკავშირდება და მისი ჩატარების პროცედურა სსსკ ნორმებით არის ზუსტად განწესებული. პირის მოწვევა კი, როგორც პოლიციის პრევენციული ღონისძიება, მიზნად ისახავს პირისგან იმ ინფორმაციის მისაღებად მოწვევას, რომელიც მას დაეხმარება როგორც სამართალდამრღვევის გამოვლენაში, ასევე სამართალდარღვევის თავიდან აცილებაში. პირის მოწვევა შეიძლება გადაიზარდოს გამოკითხვაში, როგორც საგამოძიებო მოქმედებაში, რომელიც, როგორც აღინიშნა, სსსკ-ით დადგენილი წესით ჩატარდება.

პოლიციის მიერ პრევენციული ღონისძიების ფარგლებში პირის მოწვევა ასევე ჰგავს ამოცნობაში მონაწილეობის მისაღებად პირის მოწვევას. ძირითადი განსხვავება არის მიზანში. პოლიციაში პირის მოწვევა იმ ინფორმაციის მიღებას უკავშირდება, რომელიც პოლიციას თავისი ფუნქციის შესრულებაში დაეხმარება; ხოლო ამოცნობაში მონაწილეობის მისაღებად პირის მოწვევა განპირობებულია

¹³ იხ. ადმინისტრაციულ სამართალდარღვევათა კოდექსის 243-ე მუხლი.

ამოსაცნობ პირთან მისი მხოლოდ ვიზუალური მსგავსებით (აღნიშნული პირი არ ფლობს ჩადენილ ქმედებასთან და მის ჩამდენ პირთან დაკავშირებით არანაირ ინფორმაციას) და წარმოადგენს პირის მოქალაქეობრივ მოვალეობას, თუმცა ორივე შემთხვევაში მოწვევას აქვს ნებაყოფლობითი ხასიათი. აქვე უნდა აღინიშნოს, რომ ბუნდოვანია, თუ რას მოიცავს ინფორმაცია, რომელიც პოლიციას თავისი ფუნქციის შესრულებაში დაეხმარება, ვინაიდან კანონმდებლობა პოლიციას ფართო უფლებამოსილებას აკისრებს და შესაბამისად, შესაძლებელია პოლიციის მიერ შესასრულებელი ფუნქცია უშუალოდ უკავშირდებოდეს ჩადენილ დანაშაულს და მის ჩამდენ პირს, ამიტომ აუცილებელია ნორმატიულად ზუსტად გაიმიჯნოს პოლიციაში პირის დაბარების/მოწვევის მიზანი, რადგან აღნიშნული მიზნიდან გამომდინარე პირისაგან ინფორმაციის მიღება ექცევა სხვადასხვა საკანონმდებლო ჩარჩოში.

1.3. პირის იდენტიფიკაცია

პირის იდენტიფიკაცია განიხილება როგორც ოპერატიულ-სამძებრო ღონისძიება და რეგულირდება ოპერატიულ-სამძებრო საქმიანობის შესახებ კანონით, ასევე როგორც პრევენციული ღონისძიება, განსაზღვრულია პოლიციის შესახებ კანონით. იდენტიფიკაციის საჭიროება შეიძლება დადგეს იმ შემთხვევაში, როცა პირის ფიზიკური მონაცემებიდან გამომდინარე დგინდება სხვა პირთან (მაგალითად, ბრალდებულთან, ძებნილ ან დაკარგულ პირთან) მისი გარკვეული მსგავსება. ასევე, როდესაც არსებობს საკმარისი საფუძველი ვარაუდისათვის, რომ ამ პირმა ჩაიდინა სამართალდარღვევა, ან თუ პირს თან აქვს იარაღი, რომლის ტარება სპეციალურ ნებართვას საჭიროებს, იარაღის ტარების უფლების დადგენა კი პერსონალური მონაცემების განსაზღვრას მოითხოვს. გარდა ამისა, ვინაობის დადგენის აუცილებლობა შეიძლება დაკავშირებული იყოს პირის გარკვეულ ადგილას ყოფნასთან, ე.წ. სპეციალურ რეჟიმს დაქვემდებარებულ ტერიტორიაზე, დაწესებულებებში, ან სპეციალური საპოლიციო კონტროლის განხორციელების ადგილზე, ასევე იმ შემთხვევაში, როცა პირი იმყოფება დანაშაულის ჩადენის ადგილზე, საგზაო-სატრანსპორტო შემ-

თხვევის ადგილზე, საგანგებო ვითარების ადგილზე და ა.შ.

პირის იდენტიფიკაცია და პირის გამოკითხვა არსობრივად ერთმანეთის მსგავსი პრევენციული ღონისძიებებია. გამოკითხვისას ვინაობის დადგენის მიზნით პოლიციელს შეუძლია შეაჩეროს პირი, უშუალოდ გამოჰკითხოს მას პერსონალური მონაცემები, ასევე მოსთხოვოს პირადობის დამადასტურებელი დოკუმენტის წარდგენა. ხოლო თუ იგი ვინაობის გამხელის ნებას არ გამოხატავს, ან ობიექტურად შეუძლებელია (მაგალითად, ყრუ-მუნჯია), მაშინ უნდა იყოს გამოყენებული პრევენციული ღონისძიების სახით პირის იდენტიფიკაცია, მათ შორის მონაცემების დამუშავების მიზნით ტექნიკური საშუალებების გამოყენებით. პოლიციამ პერსონალური მონაცემები ინფორმაციის დაცვის საერთაშორისო პრინციპების შესაბამისად უნდა შეაგროვოს, დაიცვას და გამოიყენოს და ეს დასაშვებია უნდა იყოს მხოლოდ მართლზომიერი, ლეგიტიმური და კონკრეტული მიზნების შესასრულებლად.¹⁴

მაგრამ რას მოიცავს პირის იდენტიფიკაცია, როგორც პრევენციული ღონისძიება?

პოლიციის შესახებ კანონით პირის იდენტიფიკაციაში იგულისხმება მისი ვინაობის დასადგენად საჭირო მონაცემების მიღება. კერძოდ, აუცილებელია დადგინდეს პირის სახელი, გვარი, საცხოვრებელი მისამართი, პირადი ნომერი. აღნიშნული ღონისძიება ასევე მოიცავს თითების და ხელისგულის ანაბეჭდების აღებას, ფოტოსურათის გადაღებას, ხმის ჩანწრას, სიმაღლის გაზომვას, დამახასიათებელი ფიზიკური ნიშნებისა და ბიომეტრიული მონაცემების დაფიქსირებას.

ბიომეტრიული მონაცემი არის ფიზიკური, ფსიქიკური ან ქცევითი მახასიათებელი, რომელიც უნიკალური და მუდმივია თითოეული ფიზიკური პირისათვის და რომლითაც შესაძლებელია ამ პირის იდენტიფიცირება (თითის ანაბეჭდი, ტერფის ანაბეჭდი, თვალის ფერადი გარსი, თვალის ბადურის გარსი (თვალის ბადურის გამოსახულება, სახის მახასიათებელი).¹⁵

¹⁴ პოლიციის ეთიკის ევროპული კოდექსი, მუხლი 42.

¹⁵ იხ. პერსონალურ მონაცემთა დაცვის შესახებ საქართველოს კანონი, მუხლი 2, პ. “გ”.

თუ იდენტიფიკაცია შემოიფარგლება მხოლოდ ვინაობის დადგენით - სახელი, გვარი, საცხოვრებელი მისამართი, პირადი ნომერი, ამ შემთხვევაში იგი შეიძლება განხილულ იქნას, როგორც პრევენციული ღონისძიება. მაგრამ რამდენად არის პრევენციული ღონისძიება თითების და ხელისგულის ანაბეჭდების აღება, ფოტოსურათის გადაღება, ხმის ჩანერა, სიმალლის გაზომვა, დამახასიათებელი ფიზიკური ნიშნებისა და ბიომეტრიული მონაცემების დაფიქსირება? ვინაობის ასეთი ღრმა და საფუძვლიანი გამორკვევა კარგავს პრევენციულ ხასიათს და თავისი ბუნებით იქცევა რეპრესიულ ღონისძიებად, ფაქტობრივად, კანონი თვითონვე უშვებს პრევენციული ღონისძიების რეპრესიულ ღონისძიებად გარდაქმნის შესაძლებლობას. შესაბამისად, ძალიან ძნელია გაიმიჯნოს, თუ სად გადის ზღვარი პრევენციულ და რეპრესიულ ქმედებებს შორის.

ამასთან, აღნიშნული ღონისძიების განხორციელებისას კანონი არ ითვალისწინებს პირის უფლებების დაცვის მყარ გარანტიებს. კერძოდ, კანონმდებლობით არ არის განსაზღვრული, თუ როდის უნდა შედგეს პირის იდენტიფიკაციის ამსახველი ოქმი, უნდა გადაეცეს თუ არა ოქმის ასლი ღონისძიების ადრესატს, არ ითვალისწინებს უფლებების განმარტების ვალდებულებას, მათ შორის გასაჩივრების უფლების, ვადის შესახებ ინფორმირებას. არც ის არის დადგენილი, საერთოდ შესაძლებელია თუ არა აღნიშნული ღონისძიების გამოყენების გასაჩივრება. შეიძლება დავასკვნთ, რომ პირის იდენტიფიკაცია, როგორც პრევენციული ღონისძიება შეიცავს თვითნებობის საფრთხეს - გადაიზარდოს დაცულ სფეროში დაუსაბუთებელ ჩარევად, შესაბამისი კონტროლის მექანიზმების გამოყენების გარეშე, რაც წარმოადგენს პრობლემას და შესაბამისად მოითხოვს საკანონმდებლო დონეზე გადაჭრას.

1.4. ზედაპირული შემოწმება და დათვალიერება, სპეციალური შემოწმება და დათვალიერება

ზედაპირული შემოწმება და დათვალიერება, სპეციალური შემოწმება და დათვალიერება ძალიან ჰგავს საგამოძიებო მოქმედება

ჩხრეკას. თუმცა უფლებაში ჩარევის მაღალი ინტენსივობის მიუხედავად, აღნიშნული ღონისძიებები ჩხრეკისაგან განსხვავებით, ნაკლები პროცესუალური გარანტიებით ხასიათდება. ამასთან, დასახელებული პრევენციული ღონისძიებები დაფუძნებულია საკმაოდ დაბალ მტკიცებულებით სტანდარტზე. კერძოდ, ზედაპირული შემონმება და დათვალიერება შეიძლება ჩატარდეს იმ შემთხვევაში, თუ არსებობს საკმარისი საფუძველი ვარაუდისთვის, რომ სატრანსპორტო საშუალებაში იმყოფება სამართალდამრღვევი ან უკანონოდ თავისუფლებაშეზღუდული პირი ან/და სატრანსპორტო საშუალებაში არის ნივთი, რომელიც ამოღებული უნდა იქნეს და სხვ.¹⁶ სპეციალური შემონმება და დათვალიერება შეიძლება ჩატარდეს იმ შემთხვევაში, როდესაც არსებობს საკმარისი საფუძველი ვარაუდისთვის, რომ პირს თან აქვს ისეთი საგანი, რომლის ფლობა სამართალდარღვევა ან სპეციალური რეჟიმისადმი დაქვემდებარებულ ტერიტორიაზე ან ობიექტზე დადგენილი წესის დარღვევა იქნებოდა ან როცა ეს აუცილებელია უმწეო მდგომარეობაში მყოფი პირის ვინაობის დასადგენად და ა.შ.

საგამოძიებო მოქმედების - ჩხრეკის ჩასატარებლად კი აუცილებელია დასაბუთებული ვარაუდის მტკიცებულებითი სტანდარტის დადგენა. ცხადია, ვარაუდის საკმარისი საფუძველი უფრო დაბალი მტკიცებულებითი სტანდარტია, ვიდრე დასაბუთებული ვარაუდი.

მიუხედავად იმისა, რომ მოქმედი კანონი პოლიციის შესახებ წინამორბედი კანონმდებლობისგან განსხვავებით, ზედაპირული შემონმებისა და დათვალიერებისას ითვალისწინებს შეჩერების ვადას, ოქმის შედგენის ვალდებულებას (სპეციალური შემონმებისა და დათვალიერების დროს კი ოქმის შედგენა არ არის კანონით განსაზღვრული), მაინც არსებობს საფრთხე აღნიშნული პრევენციული ღონისძიებები გადაიზარდოს რეპრესიულ ღონისძიებაში-ჩხრეკაში ყოველგვარი კონტროლის (საპროკურორო-სასამართლო) მექანიზმების გამოყენების გარეშე, რაც თავის მხრივ, უფლებამოსილი პირის მხრიდან თვითნებობის საფუძველი შეიძლება გახდეს.

კონტროლის მექანიზმები გამოიყენება მხოლოდ *post factum*, შესაბამისად, პოლიციელს ეკისრება ვალდებულება, პირს განუმარტოს

¹⁶ პოლიციის შესახებ კანონი, მუხლი 22.

ლონისძიების კანონიერების გასაჩივრების უფლება, თუმცა კანონი არ აკისრებს მას ლონისძიების ჩატარების საფუძვლის განმარტების ვალდებულებას.

1.5. სპეციალური საპოლიციო კონტროლი

პირის, ნივთის ან სატრანსპორტო საშუალების სპეციალური საპოლიციო კონტროლი ხორციელდება იმ შემთხვევაში, თუ არსებობს საკმარისი საფუძველი ვარაუდისთვის, რომ ჩადენილია ან ჩადენილი იქნება დანაშაული ან სხვა სამართალდარღვევა.

სპეციალური საპოლიციო კონტროლი არის პოლიციის მიერ წინასწარ შერჩეულ ტერიტორიაზე განხორციელებული შემოწმება, რომელიც პრაქტიკულად წარმოებს ზედაპირულ შემოწმებისა და დავალიერების სახით.

სპეციალური საპოლიციო კონტროლი შეიძლება გამოყენებული იყოს როგორც დანაშაულის პრევენციის მიზნით, ასევე დანაშაულზე რეაგირებისათვის.

სპეციალური საპოლიციო კონტროლის (ე.წ.რეიდის) განხორციელების შესახებ განკარგულებას გამოსცემს შს მინისტრი, თუმცა ლონისძიების კონკრეტული საფუძვლის მითითება კანონით სავალდებულო მოთხოვნას არ წარმოადგენს. წინასწარ შერჩეული ტერიტორიაც პრაქტიკაში შეიძლება იყოს განმარტებული იმდაგვარად, რომ მოიცავდეს ქვეყნის მთელ ტერიტორიას და შესაბამისად, ნებისმიერი პირი შეიძლება აღმოჩნდეს საპოლიციო შემოწმების ადრესატი. სპეციალური საპოლიციო კონტროლი წარმოადგენს მაღალი რისკის პრევენციულ ლონისძიებას, რომლის დროსაც შესაძლებელია ადგილი ჰქონდეს პოლიციის მიერ როგორც პროპორციულობისა და თანაზომიერების პრინციპების, ასევე, თავისუფლების პრეზუმფციის დარღვევას და შეუსაბამო ჩარევას ადამიანის უფლებებში. საგულისხმოა, რომ კანონი უშვებს აღნიშნული საპოლიციო ლონისძიების გამოყენების შესაძლებლობას არა მხოლოდ მძიმე ან განსაკუთრებით მძიმე დანაშაულის, არამედ ნაკლებად მძიმე დანაშაულის პრევენციის თუ მასზე რეაგირების მიზნით.

1.6. ოპერატიულ-სამძებრო საქმიანობა

ოპერატიულ-სამძებრო საქმიანობა თავისი ბუნებით რეპრესიული ხასიათისაა, რადგან მისი მიზანია დანაშაულის ან სხვა მართლსაწინააღმდეგო ქმედების გამოვლენა-აღკვეთა. ამასთან, ოპერატიულ-სამძებრო ღონისძიებები ყოველთვის მიემართება კონკრეტული ფაქტის/გარემოების დადგენას/გამოვლენას და ზოგადი პრევენციული მიზნით, პრაქტიკული თვალსაზრისით, შეუძლებელია განხორციელდეს. გარდა ამისა, ოპერატიულ-სამძებრო ღონისძიებები ძირითადად ფარულად მიმდინარეობს, მაშინ, როდესაც საპოლიციო ღონისძიებები ღიად ხორციელდება. აღნიშნული ღონისძიებები ცალკე კანონით რეგულირდება. შესაბამისად, გაუგებარია საპოლიციო პრევენციული ღონისძიების ერთ-ერთ სახედ დასახელებული ღონისძიებების მიჩნევა.

1.7. ადგილის დატოვების მოთხოვნა და კონკრეტულ ტერიტორიაზე შესვლის აკრძალვა, პირის ან სატრანსპორტო საშუალების გადაადგილების ან ნივთის ფაქტობრივი ფლობის შეზღუდვა

საპატრულო პოლიცია აღნიშნულ ღონისძიებას იყენებს როგორც პრევენციული, ასევე რეპრესიული მიზნით. კერძოდ, მას შეუძლია დროებით შეზღუდოს ან აკრძალოს გარკვეულ ადგილზე და ობიექტზე მოქალაქეთა შესაძლო გადაადგილება ან თავშეყრა მათი სიცოცხლისა და ჯანმრთელობის დაცვის მიზნით, აგრეთვე ცალკეული საგამოძიებო მოქმედებების ჩასატარებლად.¹⁷

უნდა აღინიშნოს, რომ პოლიციის შესახებ კანონი არ განსაზღვრავს აღნიშნული პრევენციული ღონისძიების გამოყენების კონკრეტულ საფუძველს, რამაც შეიძლება შექმნას უფლებამოსილ პირთა თვითნებობის საფრთხე. ამასთან, აღნიშნული ღონისძიება არ ფიქსირდება წერილობით და არ დგება სათანადო დოკუმენტი, სადაც იქნება ასახული დასახელებული საპოლიციო ღონისძიების

¹⁷ საქართველოს შინაგან საქმეთა სამინისტროს საპატრულო პოლიციის სამსახურის მიერ პატრულირების განხორციელების წესების შესახებ ინსტრუქცია (დამტკიცებულია შს მინისტრის 2005 წლის 15 დეკემბრის №1310 ბრძანებით), მუხლი 14, ნაწ.1. „დ“ ქვეპუნქტი.

საფუძველი, ღონისძიების დაწყების და დამთავრების დრო, ადგილი, ღონისძიების განხორციელების პროცესი და ადრესატის მიერ გამოთქმული შენიშვნები. კანონით ასევე არ არის განსაზღვრული უფლებების განმარტება, გასაჩივრების შესაძლებლობა, რაც მოქალაქეთა უფლებების დაცვას ნაკლებად გარანტირებულს ხდის.

მნიშვნელოვანია, რომ დაცვის შიდასახელმწიფოებრივი გარანტიები საკმარისი იყოს უფლებამოსილების თვითნებური გამოყენებისაგან დასაცავად.¹⁸ შესაბამისად, ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლო თითოეულ საქმეში ყურადღებას ამახვილებს იმაზე, რამდენად არსებობს „სათანადო და ქმედითი გარანტიები უფლებამოსილების ბოროტად გამოყენების წინააღმდეგ.“¹⁹ უნდა ინახებოდეს როგორც წერილობითი გადაწყვეტილებები, ასევე ჩანაწერები, რომელთა საფუძველზეც მიღებულია აღნიშნული გადაწყვეტილებები. ეს ხელს შეუწყობს პოლიციის ანგარიშვალდებულებასა და გამჭვირვალობას.

თუ პირი არ შესრულებს პოლიციის მოთხოვნას და შესაბამისად, უარს იტყვის დატოვოს ადგილი ან/და არ შევიდეს კონკრეტულ ტერიტორიაზე, ასეთ შემთხვევაში გამოიყენება სხვა პრევენციული ღონისძიება, კერძოდ, პირის ან სატრანსპორტო საშუალების გადაადგილების ან ნივთის ფაქტობრივი ფლობის შეზღუდვა.

პირის ან სატრანსპორტო საშუალების გადაადგილების ან ნივთის ფაქტობრივი ფლობის შეზღუდვა. პირის გადაადგილების დროებითი შეზღუდვა პოლიციას შეუძლია როგორც იმ შემთხვევაში, როცა პირი არ ასრულებს ადგილის დატოვების ან კონკრეტულ ტერიტორიაზე შესვლის აკრძალვის მოთხოვნას (მაგალითად, პოლიციელი არ აძლევს პირს სპეციალური ნებართვის გარეშე პენიტენციურ დაწესებულებაში შესვლის უფლებას), ასევე როცა პირი თავისი ქმედებით საფრთხეს უქმნის საკუთარ ან სხვის სიცოცხლესა და ჯანმრთელობას. აღნიშნული ღონისძიება შეიძლება განხორციელდეს დანაშაულის ან ადმინისტრაციული სამართალდარღვევის ჩადენის თავიდან აცი-

¹⁸ ჯ. მერდოკი, რ. როშე, ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენცია და საპოლიციო მომსახურება, სახელმძღვანელო პოლიციის ოფიცრებისა და სხვა სამართალდამცავი პირებისათვის, 2013, 87, <https://rm.coe.int/16800922b0>.

¹⁹ Kennedy v the United Kingdom, 18/05/2010, §155-170.

ლების მიზნითაც.

შეზღუდვა ეხება როგორც ქვეითად მოსიარულეს, ასევე პირს, რომელიც სატრანსპორტო საშუალებით გადაადგილდება (მაგალითად, ალკოჰოლური თრობის მდგომარეობაში მყოფ პირს პოლიციელი არ აძლევს სატრანსპორტო საშუალების მართვის უფლებას).

სატრანსპორტო საშუალების გადაადგილების დროებითი შეზღუდვა, ისევე, როგორც ნივთის ფაქტობრივი ფლობის დროებითი შეზღუდვა პოლიციას შეუძლია საფრთხის თავიდან აცილების მიზნით, თუ იგი პირმა შეიძლება გამოიყენოს საკუთარი ან სხვისი სიცოცხლის ან/და ჯანმრთელობის ხელყოფისათვის ან სხვისი ნივთის დაზიანებისათვის.

ნივთის ფაქტობრივი ფლობის შეზღუდვა ხორციელდება ნივთის ფაქტობრივი მფლობელისათვის ჩამორთმევით, მისი გადატანა-გადაზიდვის ან სხვაგვარი შეზღუდვით. ნივთის ფაქტობრივი ფლობის დროებითი შეზღუდვა გარეგნული მახასიათებლის მიხედვით წააგავს საგამოძიებო მოქმედება – ამოღებას, მაგრამ ამოღებისას ამოღებული საგანი, დოკუმენტი, ნივთიერება ან ინფორმაციის შემცველი სხვა ობიექტი სასამართლოს იმ შემთხვევაში წარედგინება, თუ ბრალდების მხარე აპირებს მის მტკიცებულებად გამოყენებას. წინააღმდეგ შემთხვევაში, ისინი უბრუნდება პირს, რომლისგანაც მოხდა მათი ამოღება გამოძიების მიმდინარეობის დროს,²⁰ ნივთის ფაქტობრივი ფლობის შეზღუდვა კი დაუყოვნებლივ უნდა შეწყდეს, თუ აღარ არსებობს ამ ღონისძიების განხორციელების საფუძველი.

ამასთან, აღნიშნული პრევენციული ღონისძიების გამოყენების შემთხვევაში არ დგება სათანადო დოკუმენტი – ოქმი და გასაჩივრების უფლება ნაკლებად შეიძლება იყოს გამოყენებული. შესაბამისად, დაცულ სფეროში არალეგიტიმური ჩარევის აკრძალვა არ არის გარანტირებული. ოქმის შედგენის ვალდებულების განსაზღვრა უზრუნველყოფდა პირის ან სატრანსპორტო საშუალების გადაადგილების ან ნივთის ფაქტობრივი ფლობის შეზღუდვის დასაბუთებას და იმავდროულად ხელს შეუწყობდა პოლიციისადმი საზოგადოების ნდობის

²⁰ იხ. საქართველოს სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის კომენტარი, ავტორთა ჯგუფი, თბ. 2015, გვ. 396.

გაზრდას. გარდა ამისა, ოქმი საშუალებას მისცემდა ზემდგომ თანამდებობის პირს შეემონებინა/გაეკონტროლებინა ქვემდგომი პოლიციის მუშაკის მიერ გამოყენებული საპოლიციო ღონისძიების ლეგიტიმურობა, მართებულობა და დასაბუთებულობა. კანონმდებლობა ამ შემთხვევაშიც არ განსაზღვრავს უფლებების განმარტების ვალდებულებას და არც გასაჩივრების უფლება არ არის გარანტირებული.

მართალია, ადგილის დატოვების მოთხოვნა და კონკრეტულ ტერიტორიაზე შესვლის აკრძალვა, ასევე პირის ან სატრანსპორტო საშუალების გადაადგილების ან ნივთის ფაქტობრივი ფლობის შეზღუდვა არ გამოირჩევა ადამიანის უფლებაში ჩარევის მაღალი ინტენსივობით, როგორც სხვა პრევენციული ღონისძიებები, მაგრამ დასახელებულ შემთხვევებშიც არ არის გამოირიცხული ადამიანის უფლებების დაუსაბუთებელი და შეუსაბამო შეზღუდვა. ნებისმიერი ფუნქციის განხორციელებისას „პოლიცია ანგარიშვალდებული უნდა იყოს სახელმწიფოს, მოქალაქეებისა და მათი წარმომადგენლების წინაშე და ეფექტიანად კონტროლდებოდეს გარედან.“²¹

1.8. ავტომატური ფოტოტიქნიკის (რადარის) და ვიდეოტიქნიკის გამოყენება

აღნიშნული ღონისძიების გამოყენების მიზანი შეიძლება იყოს: დანაშაულის პრევენცია; საზოგადოებრივი უსაფრთხოება; პირის უსაფრთხოება; საკუთრების დაცვა; საზოგადოებრივი წესრიგის დაცვა; საგზაო მოძრაობის წესების დაცვის უზრუნველყოფა და ა.შ.

აღნიშნული მიზნით პოლიციას უფლება აქვს ავტომატური ფოტო- და ვიდეოტიქნიკა გზასა და შენობების გარე პერიმეტრზე დაამონტაჟოს/განათავსოს. შესაძლებელია ამოსაცნობი ნიშნების არმქონე ავტოსატრანსპორტო საშუალებაზე ავტომატური ფოტო- და ვიდეოტიქნიკის, არასტაციონარული (მოძრავი) სიჩქარის მზომი ხელსაწყოების განთავსება და გამოყენებაც (უკონტაქტო პატრულირება). გარდა ამისა, პატრულ-ინსპექტორს ფორმის ტანსაცმელზე დამაგრებული აქვს სამხრე ვიდეოკამერა, რომლის მეშვეობით მოპოვებული

²¹ პოლიციის ეთიკის ევროპული კოდექსი, მუხლი 59.

მონაცემები ინახება სპეციალურ სერვერზე.²²

საჯარო სივრცეში დასახლებული ტექნიკის გამოყენებით სამართალდამცავი ორგანოები ღებულობენ მნიშვნელოვან ინფორმაციას ფიზიკურ პირთა გადაადგილების, ქცევის, პირადი და საქმიანი კონტაქტების შესახებ. ირღვევა თუ არა პირადი ცხოვრების ხელშეუხებლობა? პირადი ცხოვრების კონცეფცია კერძო სფეროსთან ერთად გარკვეული დოზით საჯარო სფეროსაც მოიცავს, მიუხედავად იმისა, რომ საჯარო სივრცეში პირადი ცხოვრების უფლების დაცვის მექანიზმები დაბალია. საქმეში *Peck v the United Kingdom* განმცხადებელმა თავის მოკვლა სცადა. ამ მიზნით დასახლებულ პუნქტში, ცარიელ ქუჩაზე ვენები გადაიჭრა. მან არ იცოდა, რომ ვიდეომეთვალყურეობის კამერა უღებდა. გადაღებამ პოლიციას შესაძლებლობა მისცა განმცხადებლისთვის სამედიცინო დახმარება გაენიათ. კამერიდან ამოღებული ჩანაწერი მედიაში გამოქვეყნდა განმცხადებლის სახის დაფარვის გარეშე. შესაბამისად, იყო ფარული ვიდეოდაკვირვების სისტემის უპირატესობის დემონსტრირების მცდელობა. ევროპული სასამართლო საზოგადოებრივ ადგილებში ტექნიკური საშუალების გამოყენებით პირის მოქმედებაზე მეთვალყურეობას პირად ცხოვრებაში ჩარევად არ თვლის, თუმცა ინფორმაციის სისტემატური ან მუდმივი ჩანერა შეიძლება ასეთად იყოს მიჩნეული. ამ შემთხვევაში ვიდეომეთვალვალთვალის საგრძნობლად სცდებოდა უსაფრთხოების მიზნით დაკვირვებას. ევროპულმა სასამართლომ კონვენციის მე-8 მუხლის დარღვევა დაადგინა, რადგან არ არსებობდა სათანადო და საკმარისი მიზეზები მასალების განმცხადებლის თანხმობის ან მისი ვინაობის დაფარვის გარეშე გავრცელების მართლზომიერების საჩვენებლად.²³

უკონტაქტო პატრულირება ფარული ხასიათის ჩარევას გულისხმობს ადამიანის პირად ცხოვრებაში, ამიტომ მნიშვნელოვანია გამაფრთხილებელი ნიშნის არსებობა და შესაბამისად, მოქალაქეთა ინ-

²² იხ. საქართველოს შინაგან საქმეთა სამინისტროს საპატრულო პოლიციის სამსახურის მიერ პატრულირების განხორციელების წესების შესახებ ინსტრუქცია (დამტკიცებულია შს მინისტრის 2005 წლის 15 დეკემბრის №1310 ბრძანებით), მუხლი 211. (აღნიშნული მუხლი ცვლილების სახით დაემატა შს მინისტრის 2018 წლის 26 დეკემბრის №139 ბრძანებით).

²³ იხ. *Case of Peck v the United Kingdom*, 28 /01/ 2003, Application no. 44647/98, §76-87.

ფორმირება აუდიო/ვიდეო გადაღების თაობაზე.

მართალია, უკონტაქტო პატრულირების განმახორციელებელი პირი არ არის უფლებამოსილი განახორციელოს ინფორმაციის უწყვეტ რეჟიმში ჩანერა, მაგრამ გაურკვეველია აღნიშნული ტექნიკა მუდმივად იქნება მზადყოფნაში (ჩართული), თუ გარკვეული პერიოდულობით და როგორ განხორციელდება პოლიციის მხრიდან ფოტო/ვიდეო გადაღება. თუკი ნორმატიულად არ იქნება დეტალურად განერილი შესაბამისი პროცედურები და არ განხორციელდება ეფექტიანი კონტროლი, ავტომატური ფოტოტექნიკის(რადარის) და ვიდეოტექნიკის გამოყენების შემთხვევაშიც არ არის გამორიცხული დაცულ სფეროში შეუსაბამო და არათანაზომიერი ჩარევა.

1.9. ადამიანის უფლებების დაცვის გარანტიები პრევენციული ღონისძიებების გამოყენებისას

პოლიციის პრევენციული ღონისძიებები გამოიყენება არა მარტო დანაშაულის თავიდან აცილების მიზნით, არამედ დანაშაულზე რეაგირების კუთხითაც, თუმცა პრევენციული ღონისძიებები თავისი სამართლებრივი ბუნებით განსხვავდება რეპრესიული ღონისძიებებისაგან. აღნიშნული განსხვავება თვალსაჩინოდ იკვეთება ადამიანის უფლებების დაცვის გარანტიების თვალსაზრისით.

პოლიციის ქმედებები საზოგადოებრივი წესრიგის დაცვის დროს უნდა იყოს მართლზომიერი და პროპორციული. გადამეტებულმა ძალამ შესაძლოა დააზიანოს პოლიციის ურთიერთობა მოსახლეობასთან და სამომავლოდ კიდევ უფრო გაართულოს მისი მუშაობა. იგი არღვევს მოსახლეობასა და პოლიციას შორის კავშირს, რასაც მიყვავართ ნდობისა და ურთიერთობის მსხვერვამდე. საზოგადოებრივი წესრიგის დაცვის ოპერაციებისას პოლიცია ხელმისაწვდომი და ხელშესახები უნდა იყოს უსაფრთხოების უზრუნველყოფის თვალსაზრისით. პოლიციამ საკუთარი უფლებამოსილება – დაკავშირებული საზოგადოებრივი წესრიგის დაცვის ოპერაციებში ჩართულობის ნებისმიერ ასპექტთან – ყოველთვის უნდა გამოიყენოს სათანადო და

პროპორციული ფორმით.²⁴

პოლიციელის მიერ განხორციელებული საპოლიციო ღონისძიება უნდა იყოს პროპორციული. დაცვის ინტერესი უნდა ამართლებდეს უფლების შეზღუდვას, წინააღმდეგ შემთხვევაში, პოლიციური ღონისძიება არ უნდა განხორციელდეს.²⁵ პოლიციელის მიერ განხორციელებული აუცილებელი საპოლიციო ღონისძიება არის პროპორციული, თუ კანონით დაცული სამართლებრივი სიკეთისათვის მიყენებული ზიანი არ აღემატება იმ სიკეთეს, რომლის დასაცავადაც ის განხორციელდა.²⁶

პოლიციის ოპერაციები ყოველთვის უნდა ტარდებოდეს ეროვნული სამართლისა და ქვეყნის მიერ აღიარებული საერთაშორისო სტანდარტების შესაბამისად.²⁷ პოლიციამ ყოველთვის უნდა გადაამოწმოს დაგეგმილი ქმედების მართლზომიერება.²⁸

ჩარევის უფლებამოსილება უნდა ითვლებოდეს სათადარიგო და არა სავალდებულო ასპექტად. როცა პოლიციას აქვს ჩარევის უფლებამოსილება, მან ის ავტომატურად არ უნდა გამოიყენოს. ჩარევამ ხშირად შეიძლება გაამწვავოს კონფლიქტი და დაძაბულობამ კიდევ უფრო იმატოს, რაც გაზრდის ძალადობის შანსებს. ასევე, შემცირდება პოლიციისადმი ნდობის ხარისხიც.²⁹

პოლიციელისათვის დისკრეციული უფლებამოსილების მინიჭება გულისხმობს მისთვის არა სრული თავისუფლების მინიჭებას, არამედ ვალდებულებას, საჯარო და კერძო ინტერესების დაცვის საფუძ-

²⁴ ჯ. მერდოკი, რ. როშე, ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენცია და საპოლიციო მომსახურება, სახელმძღვანელო პოლიციის ოფიცრებისა და სხვა სამართალდამცავი პირებისათვის, 2013, გვ. 129, <https://rm.coe.int/16800922b0>.

²⁵ კ. ტურავა, საქართველოს პოლიციის საქმიანობის მარეგულირებელი ნორმების შესაბამისობა ადამიანის უფლებათა ევროპულ სტანდარტებთან, წიგნში: ადამიანის უფლებების დაცვა და სამართლებრივი რეფორმა საქართველოში, რედ. კ. კორკელია, თბ. 2014, გვ.125.

²⁶ პოლიციის შესახებ კანონი, მუხლი 12, პ. 4.

²⁷ პოლიციის ეთიკის ევროპული კოდექსი, მუხლი 3.

²⁸ იქვე, მუხლი 38.

²⁹ ჯ. მერდოკი, რ. როშე, ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენცია და საპოლიციო მომსახურება, სახელმძღვანელო პოლიციის ოფიცრებისა და სხვა სამართალდამცავი პირებისათვის, 2013, გვ. 129, <https://rm.coe.int/16800922b0>.

ველზე კანონმდებლობის შესაბამისი რამდენიმე გადაწყვეტილებიდან შერჩეოს ყველაზე მისაღები გადაწყვეტილება.³⁰

„დისკრეციული უფლებამოსილების ნულოვანი შემცირება ებრძვის „გაუმართლებელ პასიურობას“...უფლებამოსილების რედუქციის აუცილებლობა კი პირველ რიგში მაშინ დგას, როდესაც ადამიანის უფლებათა დარღვევის მნიშვნელოვანი საფრთხე არსებობს.“³¹

საგულისხმოა, რომ ზოგიერთი პრევენციული ღონისძიება უფლებაში ჩარევის მაღალი ინტენსივობიდან გამომდინარე უფრო რეპრესიულ ღონისძიებად შეიძლება იყოს აღქმული, ვიდრე პრევენციულ ღონისძიებად. მაგალითად, ზედაპირული შემოწმება და დათვალიერება, სპეციალური შემოწმება და დათვალიერება, სპეციალური საპოლიციო კონტროლი და ა.შ.

მნიშვნელოვან პრობლემას წარმოადგენს ის, რომ პრევენციული ღონისძიებების გამოყენებისას (გარდა პირის მოწვევისა და იდენტიფიკაციისა) კანონი არ განსაზღვრავს ღონისძიების გამოყენების საფუძველს. უმრავლეს შემთხვევაში კი პრევენციული ღონისძიებების საფუძველი არის ზოგადი, აბსტრაქტული, რაც ქმნის/აძლიერებს პირად ცხოვრებაში საპოლიციო ინტერვენციის რისკებს. ამიტომ აუცილებელია პოლიციის პრევენციული ღონისძიებების საფუძველი მკაფიოდ და კონკრეტულად იყოს განსაზღვრული კანონით. ასევე კანონით უნდა იყოს განსაზღვრული ღონისძიების გამოყენებამდე მათი განმარტების ვალდებულება. ამასთან, პრევენციული ღონისძიების გამოყენებისას მოქალაქის უფლებების დაცვის უფრო ქმედითი და ეფექტური მექანიზმები უნდა იყოს ასახული კანონში, რათა პოლიციის მხრიდან არ მოხდეს უფლებამოსილების ბოროტად გამოყენება და დაცულ სფეროში თვითნებური და დაუსაბუთებელი ჩარევა. პრევენციული ღონისძიებების გამოყენება არ უნდა იწვევდეს ადამიანის უფლებებში ისეთივე ინტენსივობით ჩარევას, როგორც ეს ხდება რეპრესიული ღონისძიებების გამოყენებისას.

საგულისხმოა, რომ ხშირ შემთხვევაში კანონით არ არის დადგე-

³⁰ იქვე, გვ. 127.

³¹ იხ. თ. შავგულიძე, მ. კუტალაძე, დისკრეციული უფლებამოსილების ნულოვანი რედუქციის მნიშვნელობა პოლიციის პრევენციულ საქმიანობაში, გვ. 85 <http://clr.iliauni.edu.ge/wp-content/uploads/2020/05/XII-nomeri-qar-1.pdf>.

ნილი პრევენციული ღონისძიებების დოკუმენტირების ვალდებულება. გამონაკლისია მხოლოდ პირის მონვევა და იდენტიფიკაცია, ზედაპირული შემონმება და დათვალიერება. ვინაიდან ოქმში პრევენციული ღონისძიების გამოყენების მთელი პროცესი უნდა იყოს დეტალურად აღწერილი, მოქალაქეთა უფლებების დაცვისათვის მნიშვნელოვანია კანონი შეიცავდეს ყველა პრევენციული ღონისძიების გამოყენების დოკუმენტირების მოთხოვნას.

პრევენციული ღონისძიებების გამოყენებისას მნიშვნელოვან ხარვეზს წარმოადგენს გასაჩივრების მექანიზმის არაეფექტური გამოყენება. მხოლოდ პირის ზედაპირულ შემონმების და დათვალიერების, ასევე სპეციალური შემონმებისა და დათვალიერების დროს ავალდებულებს კანონი პოლიციას განუმარტოს მოქალაქეს ღონისძიების კანონიერების გასაჩივრების უფლება. გასაჩივრების შესაძლებლობა უნდა არსებობდეს ნებისმიერი პრევენციული ღონისძიების გამოყენების შემთხვევაში. ამასთან, კანონი უნდა ითვალისწინებდეს არა მხოლოდ გასაჩივრების უფლების, არამედ გასაჩივრების ვადის და შესაბამისი ორგანოს დასახელების ვალდებულებასაც, სადაც უნდა გასაჩივრდეს უკანონო ქმედება.

კანონმდებლობით საკმარისად არ არის გათვალისწინებული აღნიშნული ღონისძიებების განხორციელებაზე კონტროლის და ზედამხედველობის მექანიზმები. პრევენციულ საპოლიციო ღონისძიებებზე არ ხორციელდება საპროკურორო ზედამხედველობა. სასამართლო კონტროლი კი ცალკეული (მხოლოდ ზედაპირული შემონმებისა და დათვალიერების, სპეციალური შემონმებისა და დათვალიერების) საპოლიციო ღონისძიებების გამოყენების შემდეგ არის გათვალისწინებული.

შეიძლება ითქვას, რომ პოლიციის შესახებ კანონი პრევენციული ღონისძიებების განხორციელებისას არ ითვალისწინებს ადამიანის უფლებების დაცვის მყარ სამართლებრივ გარანტიებს, რაც ქმნის უფლებამოსილების ბოროტად გამოყენების საფრთხეს და ზრდის პრევენციული ინსტრუმენტების რეპრესიულ ღონისძიებად გარდაქმნის რისკებს. ამიტომ საპოლიციო პრევენციული ღონისძიებების ჯეროვნად უზრუნველყოფის მიზნით აუცილებელია საკანონმდებლო

დონეზე განისაზღვროს ადამიანის უფლებების დაცვის მექანიზმები და დამკვიდრდეს პოლიციის შიდა კონტროლის და მონიტორინგის ეფექტური სისტემა.

პოლიციის პრევენციული და რეპრესიული ღონისძიებების
ბამიჯვნის ზომიერთი ასაქმები

პოლიციის პრევენციული ღონისძიებები დანაშაულის თავიდან აცილების ერთიანი პოლიტიკის და სტრატეგიის ნაწილი უნდა იყოს.

„პოლიციის შესახებ“ კანონის თანახმად, პოლიციის მთავარ ფუნქციას და მოვალეობას საზოგადოებრივი უსაფრთხოებისა და მართლწესრიგის დაცვა წარმოადგენს. ამ მოვალეობას პოლიცია პრევენციული საქმიანობით ასრულებს. „პრევენციის კონცეფცია ითვალისწინებს სახელმწიფოსა და მისი მოქალაქეების ინტერესების წინააღმდეგ მიმართული შესაძლო საფრთხეების დროულ აღმოჩენას და აღკვეთას.“³²

„პოლიციის შესახებ“ საქართველოს კანონი პირდაპირ ითვალისწინებს სისხლისსამართლებრივ ქმედებაზე ფაქტობრივი გარემოებების დადგენისა და მასზე რეაგირების მიზნით, საპოლიციო პრევენციული ღონისძიებების შესაძლებლობას, რაც ალოგიკური და გაუმართლებელია. ეს ღონისძიებები არ მოიაზრება საგამოძიებო ან სხვა სისხლისსამართლებრივ საპროცესო მექანიზმებად და მათზე არ ვრცელდება პროკურორის საპროცესო ზედამხედველობა. ამავდროულად, ცალკეულ შემთხვევებში, უფლებაში ჩარევის ფარგლები არც ისე მკაფიოა და კანონით არასაკმარისადაა დაზღვეული, რომ ასეთმა ჩარევამ სისხლისსამართლებრივ ინტენსივობას არ მიაღწიოს.³³

შეიძლება ითქვას, რომ დღეს მოქმედი რეგულაციებიდან გამომდინარე, პრევენციული ღონისძიებების განხორციელებისას არსებობს მოქალაქეებზე ინტენსიური საპოლიციო კონტროლის დამყარების

³² ქ. გიორგიშვილი, პოლიციის პრევენციული საქმიანობის თავისებურებები, ჟ. „ადმინისტრაციული სამართალი,“ №2 2016, გვ. 79.

³³ უხილავი ძალაუფლების პოლიტიკა, სამართალდამცავი სისტემის ანალიზი, ადამიანის უფლებების სწავლებისა და მონიტორინგის ცენტრი (EMC), 2015, გვ. 46.

რისკი, ვინაიდან მოქალაქეებს არ გააჩნიათ უფლების დაცვის საკმარისი საპროცესო გარანტიები. საგულისხმოა, რომ საპოლიციო პრევენციული ღონისძიებებით ინტერვენცია ადამიანის უფლებებში კანონმდებლობით შესაძლებელია არა მხოლოდ მძიმე და განსაკუთრებით მძიმე დანაშაულების შემთხვევაში, არამედ ნაკლებად მძიმე დანაშაულის აღკვეთის მიზნითაც.

პოლიციის პრევენციული ღონისძიებები გერმანულ ლიტერატურაში წინასაგამოძიებო მოქმედებებად არის აღიარებული. ასეთი ღონისძიებები ფაქტობრივად აღარ არის პრევენციული, რადგან სისხლისსამართლებრივი საშუალებებით ხდება ადამიანის უფლების შეზღუდვა.

პრევენციული და რეპრესიული ღონისძიებების გამიჯვნასთან დაკავშირებით საინტერესოა გერმანულ სამართალში ცნობილი „Doppelfunktion«, რაც გულისხმობს პოლიციის ორმაგ ფუნქციას. პოლიციის მუშაკს ევალება არა მხოლოდ საფრთხის თავიდან აცილება, არამედ სისხლისსამართლებრივი რეაგირებაც. ორმაგი ფუნქციის მქონე ღონისძიებებში კი მნიშვნელოვანია პოლიციის მიზანი, რომლის საფუძველზე უნდა განისაზღვროს, სადავო ღონისძიება ემსახურება საფრთხის თავიდან აცილებასა თუ სისხლისსამართლებრივი მოქმედების განხორციელებას.

თუმცა გამოთქმულია სხვა მოსაზრებაც, რასაც არ შეიძლება არ დავეთანხმეთ. კერძოდ, მიუხედავად ფუნქციური დატვირთვისა, ღონისძიება არ შეიძლება ერთდროულად მივიჩნიოთ როგორც პრევენციულად, ასევე რეპრესიულად. წინააღმდეგ შემთხვევაში, მოქალაქეთათვის შეუძლებელი გახდებოდა საპროცესო სამართლებრივი საშუალებების რეალიზება.³⁴

ხშირ შემთხვევაში საპოლიციო პრევენციისას დაცულ სფეროში ჩარევის ფორმები იმდენად არის დაახლოებული სისხლისსამართლებრივ ფორმებთან, რომ პრაქტიკულად, პრევენციულ და რეპრესიულ მიდგომებს შორის ზღვარი წაშლილია, რაც საბოლოო ჯამში

³⁴ იხ. თ. შავგულიძე, მ. კუტალაძე, დისკრეციული უფლებამოსილების ნულოვანი რედუქციის მნიშვნელობა პოლიციის პრევენციულ საქმიანობაში, გვ. 80-85, <http://clr.iliauni.edu.ge/wp-content/uploads/2020/05/XII-nomeri-qar-1.pdf>.

სამართალდამცავების მხრიდან უფლებამოსილების ბოროტად გამოყენების სტიმულირებას უწყობს ხელს. გარდა ამისა, პოლიციის შესახებ კანონიდან გამომდინარე, შესაძლებელია პრევენციული ღონისძიებების გამოყენება კონკრეტულ დანაშაულზე რეაგირების მიზნითაც განხორციელდეს, რაც, ცხადია, ეწინააღმდეგება პრევენციის არსს და არღვევს ბალანსს პრევენციულ და რეპრესიულ ქმედებებს შორის. პრობლემურია სწორედ ის, რომ პრევენციულმა ღონისძიებამ უფლებაში ჩარევის თვალსაზრისით არ მიაღწიოს სისხლისსამართლებრივ ინტენსივობას. პრევენციული ღონისძიებები უნდა იყოს მიმართული მხოლოდ დანაშაულის თავიდან აცილებისკენ, ხოლო უკვე ჩადენილ დანაშაულზე რეაგირება უნდა განხორციელდეს სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსით დადგენილი წესით.

ლიტერატურაში გამოთქმულია მოსაზრება, რომ ქართულ სამართლებრივ სივრცეში დღემდე ვერ მოხერხდა ზოგადი (სოციალური) პრევენციის მოდელის ეფექტური დანერგვა, რომ არსებობს მეტად უცნაური ქართული საპოლიციო ფენომენი - რეპრესიული პრევენცია, რაც ზოგადი პრევენციული მიზნებით მოქმედების დროსაც რეპრესიული მექანიზმების გამოყენებას გულისხმობს. ამასთან, პოლიციელებს ამგვარად მოქმედების შესაძლებლობას „პოლიციის შესახებ“ კანონი აძლევს. იქ, სადაც იძულებითი მექანიზმების გამოყენების შესაძლებლობა იქნება, პოლიცია ყოველთვის გამოიყენებს მას. სამართალდამცველთა ამგვარი პრაქტიკა ბოლომდე გამორიცხავს პრევენციას ფართო გაგებით (არა კანონის აღსრულება, არამედ მის მიმართ საზოგადოებრივი ნდობის გაზრდა), რადგან ტოტალური რეპრესიული მექანიზმები მიმართულია უკვე ჩადენილი დანაშაულის გამოვლენა-აღკვეთისკენ, თუმცა მისი გამომწვევი მიზეზები ყურადღების მიღმა რჩება.³⁵

პოლიცია პრევენციის დროსაც კი დამოკიდებულია იძულების მექანიზმებზე. სწორედ ამიტომ, დღეს პოლიციის პოლიტიკა ძალაუფლების პოლიტიკაა, რომელიც აუცილებლად უნდა შეიცვალოს ზოგადპრევენციული პოლიტიკით, რა დროსაც ჩამოთვლილი იძულების

³⁵ გ. იმნაძე, პოლიციის პოლიტიკა, იხ. <http://liberali.ge/articles/view/25734/politsiis-politika>.

მექანიზმები მხოლოდ გამონაკლის შემთხვევაში იქნება გამოყენებული.³⁶

უფლებამოსილ პირთა მხრიდან თვითნებობის თავიდან ასაცილებლად აუცილებელია პოლიციის პრევენციული ღონისძიებები და დანაშაულზე რეაგირების ფორმები იყოს მკაფიოდ გამიჯნული. ამ მიზნით პოლიციის შესახებ კანონით უნდა რეგულირდებოდეს მხოლოდ პრევენციული ღონისძიებები, ხოლო ის საპოლიციო ღონისძიებები, რომლებიც მიემართება დანაშაულის გამოძიებასა და გახსნას, უნდა იყოს მოწესრიგებული სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსით.

დასკვნა

სამართალდამცავ ორგანოთა შორის პოლიციას განსაკუთრებული ადგილი უკავია დანაშაულის გამოვლენის, აღკვეთის და თავიდან აცილების საქმეში. რეფორმის მიზანი იყო პოლიციის ჩამოყალიბება საზოგადოებაზე, მოქალაქეთა დახმარებაზე, მათ საჭიროებებზე ორიენტირებულ ორგანოდ. თუმცა კვლავ დღის წესრიგში დგას რეფორმის გაგრძელების აუცილებლობა. პოლიციის ორმაგი ფუნქცია - პრევენციული და რეპრესიული ამოცანების განხორციელება განსხვავებული სამართლებრივი ბუნების გამო მოითხოვს არაერთგვაროვანი საშუალებების და მეთოდების გამოყენებას. პრევენციული ღონისძიებები რეპრესიულისგან განსხვავებით, დაცულ სფეროში ჩარევის დაბალი ინტენსივობით ხასიათდება და შესაბამისად, აღნიშნული ღონისძიებების განხორციელებისას ადამიანის უფლებების დაცვის ნაკლები მექანიზმები გამოიყენება. პოლიციის შესახებ მოქმედი კანონი უშვებს პრევენციული ღონისძიებების გამოყენების შესაძლებლობას დანაშაულზე რეაგირების მიზნითაც, რაც პრევენციის არსს ეწინააღმდეგება და წარმოშობს სამართალდამცავთა მხრიდან თვითნებობის საფრთხეს შეზღუდული კონტროლის სისტემის არსებობის პირობებში. პრევენციული ღონისძიებების მიმართ არ არსებობს საპროკურორო კონტროლი, ხოლო სასამართლო კონტროლი შესაძლებელია განხორციელდეს მხოლოდ ზოგიერთი ღონისძიების

³⁶ იქვე.

გამოყენების შემდეგ, *post factum*, რაც არ არის საკმარისი და ეფექტური. ამიტომ აუცილებელია საკანონმდებლო დონეზე გაიმიჯნოს პოლიციის პრევენციული და რეპრესიული ღონისძიებები. ერთი მხრივ, აუცილებელია პოლიციის პრევენციული ღონისძიების ადრესატი უფლებების დაცვის უფრო მეტი სამართლებრივი გარანტიით იყოს აღჭურვილი. მეორე მხრივ კი, პრევენციული ღონისძიებები უნდა იყოს გათვალისწინებული პოლიციის შესახებ კანონით, ხოლო დანაშაულზე რეაგირების შემთხვევაში, რეპრესიული ღონისძიებების გამოყენებისას, პოლიციამ იმოქმედოს მხოლოდ და მხოლოდ სისხლის სამართლის საპროცესო კანონმდებლობის ფარგლებში. საპოლიციო ღონისძიებების ასეთი მოწესრიგება ხელს შეუწყობს პრევენციის ამოცანების წარმატებით გადაწყვეტას დაცულ სფეროში ჩარევის სისხლისსამართლებრივი ინტენსივობის გარეშე, პოლიციის დაახლოებას საზოგადოებასთან, პოლიციის საქმიანობაში თვითნებობის რისკების შემცირებას კონტროლის და გასაჩივრების მექანიზმების გაძლიერების ხარჯზე, საპოლიციო ღონისძიებების გამოყენებისას ადამიანის უფლებების დაცვის მყარი საპროცესო-სამართლებრივი გარანტიების დამკვიდრებას და ზოგადად, პოლიციის ამოცანების ეფექტიანად განხორციელებას.

მერაბ ტურავა

სამართლის დოქტორი, პროფესორი, საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს თავმჯდომარე

სისხლის სამართალი როგორც სოციალური წესრიგის დაცვის უკანასკნელი საშუალება

(კონსტიტუციური და სისხლისსამართლებრივი ასპექტები)

1. შესავალი

სისხლის სამართალი წარმოადგენს საჯარო სამართლის ერთ-ერთ სფეროს. სახელმწიფო, სისხლის სამართლის მეშვეობით, თავის სისხლისსამართლებრივ ძალაუფლებას ფიზიკური და იურიდიული პირების მიმართ ახორციელებს ურთიერთდაქვემდებარების პრინციპის საფუძველზე.¹ სისხლის სამართალი დემოკრატიულ და სამართლებრივ სახელმწიფოში ადგენს სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობის საფუძველს, განსაზღვრავს რა დანაშაულებრივ ქმედებათა წრეს და ადგენს შესაბამის სასჯელს. ამასთან, სისხლის სამართალი აწესებს სახელმწიფოებრივი იძულების და რეპრესიის ისეთ ფორმას, რომლის მოქმედების პირობებში ყველაზე ინტენსიურად ხდება ადამიანის კონსტიტუციურ უფლებებსა და თავისუფლებებში ჩარევა. შესაბამისად, სულ უფრო აქტიური დისკუსიის საგანია მატერიალური სისხლის სამართლის შესაძლო ექსპანსიის თავიდან აცილება და მისი მოქმედების არეალის შეზღუდვა თანაზომიერების პრინციპზე დაყრდნობით. ამ მხრივ, ხშირად საუბარია სისხლის სამართლის, როგორც სოციალური წესრიგის დაცვის უკანასკნელ საშუალებაზე, მის სუბსიდიურ და ფრაგმენტულ ხასიათზე.²

¹ მ. ტურავა, სისხლის სამართლის ზოგადი ნაწილი, დანაშაულის მოძღვრება, თბ. 2011, გვ. 12.

² Michael/Morlok, Grundrechte, 3. Auflage, 2012, §2 Rn. 8; მ. ტურავა, იხ. დასახ. ნაშრ., გვ. 12.

წარმოდგენილი სტატიის მიზანია ქართული და გერმანული სასამართლო პრაქტიკის, ისევე როგორც სამეცნიერო ლიტერატურის მიმოხილვის საფუძველზე, წარმოაჩინოს სისხლის სამართლის, როგორც სოციალური წესრიგის დაცვის უკანასკნელი საშუალების სისხლისსამართლებრივი და კონსტიტუციურსამართლებრივი ასპექტები, გამოკვეთოს თანამედროვე, მოდერნისტული სისხლის სამართლის ამოცანა საზოგადოებრივი ურთიერთობის მოწესრიგების პროცესში. ასევე, განსახილველი თემატიკის ფარგლებში, მოახდინოს ცალკეული მოსაზრებების თუ სასამართლოს გადაწყვეტილებების მიმოხილვა/შეფასება და სამეცნიერო შეხედულებათა თუ დადგენილი პრაქტიკის ურთიერთშეპირისპირებული და სინთეზური ანალიზის საფუძველზე გამოკვეთოს მათი შინაარსი.

2. სამართლებრივი სიკეთის დაცვა როგორც სისხლის სამართლის ამოცანა

იურიდიულ დოქტრინაში სულ უფრო მზარდია შეხედულება, რომ სისხლის სამართლის ამოცანა მოსალოდნელი საფრთხისა და ხელყოფისაგან სამართლებრივი სიკეთის დაცვაში მდგომარეობს.³ სამართლებრივი სიკეთის დაცვის ეს კონცეფცია გამომდინარეობს იმ რეალობიდან, რომ სისხლის სამართალმა უნდა უზრუნველყოს მოქალაქეების თავისუფალი და მშვიდობიანი თანაცხოვრება იმ პირობებში, როდესაც დაცული იქნება კონსტიტუციურად გარანტირე-

³ Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 12. Auflage, 2016, §2 Rn. 7; Hassemer in: Hefendehl/Hirsch/Wohlers (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie: Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?, 2003, S. 157; Jäger in: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band I, 9. Auflage, 2017, §1 Rn. 3; Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts – Allgemeiner Teil, 5. Auflage, 1996, §26 Rn. 1; Krey/Esner, Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Auflage, 2016, Rn. 5; Maurach/Zipf, Strafrecht, Allgemeiner Teil – Teilband 1, 8. Auflage, Heidelberg 1992, §19 Rn.4; Otto, Grundkurs im Strafrecht – Die einzelnen Delikte, 7. Auflage, 2005, §1 Rn. 13; Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 4. Auflage, 2006, §2 Rn. 7; Stratenwerth/Kuhlen, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Auflage, 2011, §2 Rn. 5; Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 48. Auflage, 2018, Rn. 9.

ბული უფლებები და თავისუფლებები.⁴ თუმცა კონკრეტულად რა მოიაზრება სამართლებრივი სიკეთის ცნების ქვეშ და რა ორიენტირი შეიძლება ჰქონდეს მას საკანონმდებლო ორგანოს მიერ სისხლის სამართლის პოლიტიკის შემუშავების პროცესში, დისკუსიის საგანს წარმოადგენს სისხლის სამართლის დოგმატიკასა და სასამართლო პრაქტიკაში. ერთი მხრივ, სამართლებრივი სიკეთის დაცვის მიზნის სასარგებლოდ მეტყველებს ის გარემოება, რომ სისხლის სამართალმა საკუთარი ფუნქციის შესრულებისას ადეკვატურად უნდა განსაზღვროს შესაბამისი ამოცანები, რომლებიც, თავის მხრივ, უკავშირდება სამართლებრივი სიკეთისთვის დამახასიათებელი თვისებების იდენტიფიცირებას.⁵ მეორე მხრივ კი, სამართლებრივად დაცულ სიკეთეთა მრავალფეროვანი ბუნებიდან გამომდინარე, რთულია ერთიანი კრიტერიუმის გამონახვა სამართლებრივი სიკეთის ცნების დეფინიციისთვის. სამართლებრივი სიკეთის დაცვის უშუალო ფუნქციამ ერთგვარი შესაძლებლობა უნდა მისცეს კანონმდებელს, რომ ამ უკანასკნელმა ადეკვატურად განსაზღვროს ინკრიმინირებულ ქმედებათა წრე და, ასევე, გაითვალისწინოს შესაბამისი ფარგლები დასჯადი ქმედების შემადგენლობის შემოსასაზღვრად.⁶ მაშინ, როდესაც სამართლებრივი სიკეთე შეფასდება სისხლისსამართლებრივი დაცვის ღირსად, შესაძლებელია, მისი დაცვა განხორციელდეს სამართლებრივი სიკეთის ხელყოფის ტიპისა და ინტენსივობის პროპორციულად.⁷ შესაბამისად, კანონმდებელს მოთხოვნები წაეყენება არა მხოლოდ იმ თვალსაზრისით, არსებობს თუ არა სისხლისსამართლებრივად დაცვის ღირსი სიკეთე და, ზოგადად, დასჯის საჭიროება, არამედ სასჯელის ინტენსივობასა და მასშტაბებთან დაკავშირებითაც. ჰასემერის შეხედულებით, აღნიშნულმა შესაძლებელია, სისხლის სამართლის კანონმდებლობა უფრო სამართლიანი და გასაგები გახადოს.⁸ აქედან გამომდი-

⁴ Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 4. Auflage, 2006, §2 Rn. 7.

⁵ Hassemer/Neumann in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Strafgesetzbuch, 5. Auflage, 2017, §1 Rn. 111.

⁶ იქვე, §1 Rn. 114.

⁷ Maurach/Zipf, იხ. დასახ. ნაშრ., §19 Rn. 7.

⁸ Hassemer, Theorie und Soziologie des Verbrechens – Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre, 1973, S. 203 ff., 207 ff.

ნარე, სისხლის სამართალი არ უნდა ემსახურებოდეს თვითმიზანს, არამედ მისი ფუნქცია ვლინდება იმაში, რომ უზრუნველყოს მოქალაქეთა თავისუფალი და მშვიდობიანი თანაცხოვრება. თავის მხრივ, სამართლებრივ სიკეთეთა დაცვის იდეას აქვს ის უპირატესობა, რომ ის კანონმდებელს უადვილებს, დასჯადი ქმედების დაწესება დააფუძნოს სამართლიან და მყარ კრიტერიუმებზე. ამგვარად, თვითნებობისა და სისხლის სამართლის ერთგვარი ესკალაციის თავიდან ასარიდებლად, გონივრულია სისხლის სამართლის ამოცანების შეზღუდვა მხოლოდ სამართლებრივი სიკეთის დაცვის მოთხოვნით.

3. სამართლებრივი სიკეთის ცნება და ფარგლები სისხლის სამართალში

3.1. სამართლებრივი სიკეთის ცნება გერმანულ იურიდიულ დოქტრინაში

მას შემდეგ, რაც დადგინდება, რომ სისხლის სამართლის ამოცანა სამართლებრივ სიკეთეთა დაცვაში ვლინდება, დღის წესრიგში დგება კითხვა იმასთან დაკავშირებით, თუ როგორ უნდა იქნეს გაგებული სამართლებრივი სიკეთის ცნება სისხლის სამართალში. იმისათვის, რომ სამართლებრივი სიკეთის ცნების კონკრეტული შინაარსი განისაზღვროს, აუცილებელია, სათანადოდ გაგებული და აღქმული იქნეს ამ უკანასკნელის ფუნქცია. აღნიშნულს გააჩნია ის პრაქტიკული მნიშვნელობა, რომ შესაბამისი ფუნქციის დადგენის შედეგად შესაძლებელია, სისხლისსამართლებრივად დასაცავი სამართლებრივი სიკეთის წრე გაფართოვდეს ან პირიქით, შემცირდეს.⁹

გერმანულ იურიდიულ ლიტერატურაში არსებული ცალკეული მოსაზრებების თანახმად, სამართლებრივი სიკეთე ემსახურება ქმედების შემადგენლობის განმარტებისთვის შესაბამისი ორიენტირის მიცემას.¹⁰ სამართლებრივი სიკეთის აღნიშნული ფუნქციის ინტერ-

⁹ Jäger in: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band I, 9. Auflage, 2017, §1 Rn. 8.

¹⁰ Schwinge, Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht: Ein Beitrag zur strafrechtlichen

პრეტაციასთან დაკავშირებით, გერმანული სისხლის სამართლის დოგმატიკაში, ძირითადად, არსებობს შესაბამისი კონსენსუსი.¹¹ სამართლებრივი სიკეთე გამოიყენება ქმედების შემაღვენლობის ინტერპრეტაციის დამხმარე საშუალებად, რომლის მიხედვითაც, შესაძლებელია სისხლის სამართლის კერძო ნაწილის სისტემის ფორმირება. თავის მხრივ კი, ზემოხსენებული კერძო ნაწილის სისტემა, დაცული სამართლებრივი სიკეთის გათვალისწინებით, შეიძლება დაიყოს თავებად.¹² სამართლიანად აღნიშნავენ იურიდიულ ლიტერატურაში, რომ, თუ ამ ფუნქციას ვალიარებთ სამართლებრივი სიკეთის ერთადერთ დანიშნულებად, მაშინ საკანონმდებლო ორგანო ვერ დაექვემდებარება ვერანაირ მოთხოვნებს, რომლებიც უნდა იყოს გათვალისწინებული დასჯადი ქმედებით დაცული სამართლებრივი სიკეთის განსაზღვრისას.¹³ დაუშვებელია სისხლისსამართლებრივი ნორმების დანესება, რომელიც არ აზიანებს კონკრეტულ სამართლებრივ სიკეთეს, ვინაიდან კანონმდებელი, დასჯადი ქმედების დანესებით, ყოველთვის მისდევს განსაზღვრულ ლეგიტიმურ მიზანს.¹⁴

გერმანული სისხლის სამართლის დოგმატიკოსების ნაწილი მხარს უჭერს სისხლისსამართლებრივი სიკეთის ცნების ლიბერალურ გაგებას. აღნიშნული მოსაზრებით, სამართლებრივი სიკეთის ცნების ამგვარმა გაგებამ კანონმდებელს უნდა დაუდგინოს გარკვეული საზღვრები ქმედების დასჯადობის დანესების პროცესში.¹⁵ საკანონმდებლო ორგანოს ნაეყენება მოთხოვნა, რათა მან სამართლებრივი სიკეთის განსაზღვრა არ მოახდინოს თვითნებურად და კონსტიტუციურ ჩარჩოებს მიღმა. თუმცა, აღნიშნული კანონმდებელს, ზოგადად, არ უნდა უშლიდეს ხელს, რომ მან შესაბამისი გამონკვევების კვალდა-

Methodenlehre, 1930, S. 22 f.

¹¹ Appel, Verfassung und Strafe - Zu den verfassungsrechtlichen Grenzen staatlichen Strafens, 1998, S. 390; Jescheck/Weigend, *იხ.* დასახ. ნაშრ., §26 Rn. 3a; Krey/Esser, *იხ.* დასახ. ნაშრ., Rn. 8.

¹² Walter in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, Band I, 12. Auflage, 2007, §13 Rn. 8.*

¹³ Schwinge, *იხ.* დასახ. ნაშრ., გვ. 25.

¹⁴ Roxin, *იხ.* მე-4 სქოლიო, §2 Rn. 4.

¹⁵ Schünemann in: Hefendehl/Hirsch/Wohlens, *იხ.* დასახ. ნაშრ., გვ. 137.

კვალ განსაზღვროს ახალი სახის სამართლებრივი სიკეთე, რომლის დაცვაც სწორედ სისხლისსამართლებრივი მექანიზმების გამოყენებით მოხდება.

სამართლებრივი სიკეთის არსებობის საკითხი პირველად მე-19 საუკუნეში დაისვა. აღსანიშნავია, რომ ამ პერიოდამდე დანაშაული უფლების ხელყოფად მიიჩნეოდა.¹⁶ ფოიერბახი, სოციალური კონტრაქტის თეორიის საფუძველზე, აღნიშნავდა, რომ სახელმწიფოს მიერ სადამსჯელო ძალაუფლების გამოყენება მხოლოდ ინდივიდის სუბიექტური უფლებების დარღვევის შემთხვევაში არის შესაძლებელი.¹⁷ უკვე მე-19 საუკუნის ოცდაათიან წლებში ბირნბაუმმა ჩამოაყალიბა სამართლებრივი სიკეთის დაცვის მოძღვრება. განსხვავებით ფოიერბახისეული შეხედულებისაგან, იგი ავითარებდა მოსაზრებას, რომლის მიხედვითაც, დანაშაულს არ შეეძლო სუბიექტური უფლების ხელყოფა. აღნიშნულის საილუსტრაციოდ ბირნბაუმს მოჰყავს ყაჩაღობის მაგალითი. ყაჩაღობის ჩადენისას დაზარალებულის მიერ ნივთის ფაქტობრივად დაკარგვა არ ნიშნავს მისი უფლების ხელყოფას დანაშაულის საგანზე. სისხლისსამართლებრივად დაცული სიკეთე მას წარმოდგენილი აქვს მატერიალიზებული სახით, თუმცა, ამასთანავე, არ გამორიცხავს ამორალური და ანტირელიგიური ქმედებების დასჯადობის შესაძლებლობას.¹⁸ მე-19 საუკუნის მიწურულსა და მე-20 საუკუნის დასაწყისში ბირნბაუმის მოძღვრებამ განვითარება ჰპოვა და დაიხვეწა. ბინდინგი იყო პირველი, რომელმაც გამოიყენა ტერმინი „სამართლებრივი სიკეთე“.¹⁹ მისი მოსაზრებით, სამართლებრივი სიკეთე შესაძლებელია, ყოფილიყო ყველაფერი, რომელიც

¹⁶ Haft, Strafrecht, AT, 8. Auflage, 1998, S. 73. იხ. თ. ცქიტიშვილი, ადამიანის სიცოცხლისა და ჯანმრთელობისათვის საფრთხის შემქმნელი დელიქტები, დისერტაცია, თბ. 2015, გვ. 146.

¹⁷ Swoboda, Die Lehre Rechtsgut und ihre Alternativen, ZStW 2010, S. 26.

¹⁸ Birnbaum, Über das Erforderniß einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens, mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung, Archiv des Criminalrechts. Neue Folge, 1834, S. 149 ff.

¹⁹ Binding, Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts, Band I, 1. Auflage, 1872, S. 188 f.

არ წარმოადგენდა უფლებას.²⁰ ბინდინგი, მსგავსად ბირნბაუმისა, ავითარებდა შეხედულებას, რომლის მიხედვითაც, შეუძლებელია, რომ სისხლის სამართალმა ხელყოს კონკრეტული უფლება. ამ თვალსაზრისით, სამართლებრივი სიკეთე ბინდინგს მოაზრებული ჰქონდა როგორც მატერიალური სახის ობიექტი და მდგომარეობა. მთავარ წინაპირობას კი წარმოადგენდა ის ფაქტი, რომ აღნიშნული ობიექტები საკანონმდებლო ორგანოს მიერ შეფასებული იყო როგორც საზოგადოებრივი ცხოვრების ელემენტარული პირობა. ხსენებული შეფასების საფუძველზე კი, აუცილებელი იყო, სისხლისსამართლებრივი ნორმების გამოყენებით, მათი დაცვა ზიანის ან საფრთხის მიყენებისგან.²¹ ბინდინგის სამართლებრივი სიკეთის მოძღვრების თანახმად, აუცილებელია ორი წინაპირობის კუმულაციურად შესრულება. ერთი მხრივ, უნდა დადგინდეს ობიექტის სისხლისსამართლებრივი დაცვის საჭიროება. აღნიშნულის შეფასება სრულიად თავსდება საკანონმდებლო ორგანოს საქმიანობის მიხედულობის ფარგლებში. მეორე მხრივ, სახეზე უნდა იყოს დაცვა სამართლებრივი ნორმის მეშვეობით. აქედან გამომდინარე, შესაძლებელია დასკვნის გამოტანა, რომლის მიხედვითაც, შესაბამისი შეფასების შედეგად, ობიექტი იქცევა სიკეთედ, ხოლო სისხლისსამართლებრივად დაწესებული დაცვის მექანიზმების საფუძველზე კი, ის იძენს სამართლებრივი სიკეთის თვისებას. აღნიშნული პოზიტივისტური გაგება ემყარება იმ თეზას, რომლის მიხედვითაც, სამართლებრივი სიკეთე არის ის, რაც იურიდიული აქტის საფუძველზე არის დადგენილი.²² ბინდინგის მოძღვრება სამართლებრივი სიკეთის თაობაზე, სამართლიანად არის გაკრიტიკებული გერმანულ იურიდიულ ლიტერატურაში, კერძოდ, ხსენებული თეორია არის საკმაოდ ბუნდოვანი და არაგანჭვრეტადი. იმ მოცემულობის გათვალისწინებით, რომლის თანახმადაც, სამართლებრივ სიკეთედ შეიძლება მოვიაზროთ ყველაფერი, რაც ხელყოფადია, იგი საკანონმდებლო ორგანოს საკმაოდ დიდ სამოქმედო ასპარეზს უტოვებს, აღნიშნული, თავის მხრივ, ზრდის თვითნებობის რისკებს.²³

²⁰ იქვე.

²¹ იქვე, გვ. 353 ff.

²² იქვე, გვ. 357.

²³ Sina, Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs „Rechtsgut“, 1962, S. 67.

ლისტმა დანაშაული განმარტა როგორც სამართლებრივად დაცული ინტერესების ხელყოფა. მისი ეს შეხედულება ეფუძნებოდა რუდოლფ ფონ იერიხის სწავლებას.²⁴ ლისტის შეხედულებით, სასჯელი უნდა ემსახურებოდეს საზოგადოების ცხოვრებისეული პირობების დაცვას. აღნიშნული ცხოვრებისეული პირობები, თავისი არსით, წარმოადგენს სამართლებრივად დაცულ ინტერესს, შესაბამისად, სამართლებრივ სიკეთეს.²⁵ აღსანიშნავია, რომ სამართლებრივი სიკეთის ლისტისეული გაგება გარკვეულ კრიტიკას აწყდება გერმანულ სამართლებრივ სივრცეში. კერძოდ, ლისტისათვის სისხლის სამართლის მიზანი მდგომარეობს სახელმწიფოებრივი თვითნებობის აღკვეთაში, რომლის ფარგლებშიც, სახელმწიფოს სადამსჯელო უფლებამოსილება დაექვემდებარება მკაცრ წინაპირობებს.²⁶ ინდივიდუალური თავისუფლება დაცული უნდა იყოს სახელმწიფო ხელისუფლებისაგან. ამ თვალსაზრისით, კანონი მხოლოდ მაშინ უნდა აწესებდეს სასჯელს, თუ ეს მიზნად ისახავს საზოგადოების ცხოვრების ზოგადი პირობების ანუ სამართლებრივად დაცული ინტერესების დაცვას. მთავარი პრობლემა მდგომარეობს იმაში, რომ პოლიტიკის და, შესაბამისად, სახელმწიფოს ამოცანას წარმოადგენს იმის განსაზღვრა, თუ კონკრეტულად რა უნდა ჩაითვალოს სამართლებრივად დაცულ ინტერესად. აღნიშნული კი ზრდის სახელმწიფოს თვითნებობის რისკებს და მიხედულობის თავისუფალ არეალს, რაც უნდა შეიზღუდოს.²⁷ ჰონიგისა²⁸ და გრუნჰუტის²⁹ შეხედულებით, ყველა ინტერესი წარმოადგენს სამართლებრივ სიკეთეს იმ პირობით, რომ ის აღიარებული და დაცულია სისხლის სამართლის მეშვეობით.

მარქსი ავითარებს შინაარსობრივად მკაფიოდ განსაზღვრული სამართლებრივი სიკეთის მოძღვრებას. მეცნიერი ეწინააღმდეგება

²⁴ თ. ცქიტიშვილი, იხ. დასახ. ნაშრ., გვ. 147.

²⁵ Amelung, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, 1972, S. 84.

²⁶ Liszt, Die deterministischen Gegner der Zweckstrafe, ZStW, 1893, S. 357.

²⁷ Swoboda, იხ. დასახ. ნაშრ., ZStW, 2010, გვ. 32.

²⁸ Honig, Die Einwilligung des Verletzten: Die Geschichte des Einwilligungsproblems und die Methodenfrage, 1919, S. 94.

²⁹ Grünhut, Methodische Grundlagen der heutigen Strafrechtswissenschaft, in: Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag, Band I, 1930, S. 1, 8 f.

სამართლებრივი სიკეთის პოზიტივისტურ გაგებას. მისი შეხედულებით, ამ უკანასკნელს სისხლის სამართალში გააჩნია საკანონმდებლო ორგანოს შეზღუდვის მიზანი.³⁰ შესაბამისად, სამართლებრივი სიკეთის ცნება უნდა იყოს მასშტაბი, რომლის საფუძველზეც შესაძლებელი იქნება სისხლის სამართლის ნორმების შემონიშვნა. აქედან გამომდინარე, შეუძლებელია სამართლებრივი სიკეთის ცნების განსაზღვრა უშუალოდ საკანონმდებლო მოწესრიგებიდან.³¹ ამელუნგი სამართლებრივ სიკეთეზე მსჯელობისას ავითარებს სოციალური ზიანის თეორიას. მეცნიერი სისხლის სამართლის უმთავრეს ამოცანად მიიჩნევს იმას, რომ ამ უკანასკნელმა უნდა შეძლოს ადამიანური თანაცხოვრებისთვის შესაბამისი პრობლების დაცვა.³² იგი საზოგადოებას აღიქვამს როგორც სოციალურ სისტემას, რომელმაც ადამიანებს შორის თანაცხოვრება უნდა უზრუნველყოს. თუმცა, როგორც ყველა სისტემაში, შეიძლება საზოგადოებაში გაჩნდეს შესაბამისი პრობლემები, რომლებიც დააბრკოლებს ზემოაღნიშნული მიზნის მიღწევას. სწორედ ასეთ დროს, პრობლემის დასაძლევად, სისტემის შიგნით ვითარდება შესაბამისი სტრუქტურები.³³ ასეთ სტრუქტურას მიეკუთვნება სისხლის სამართლის ნორმები. შესაბამისად, თუ ასეთი სტრუქტურების წინააღმდეგ მიმართული ქცევები არ იქნება შეკავებული, შეუძლებელია მათ თავიანთი ფუნქცია შეასრულონ. ზემოხსენებულ სტრუქტურის ხელმეოფ მოქმედებას ამელუნგი უწოდებს სოციალურად საშიშ ქცევას.³⁴ ჰასემერი სამართლებრივ სიკეთეს განსაზღვრავს როგორც ადამიანურ ინტერესებს, რომლებიც სისხლისსამართლებრივ დაცვას საჭიროებს.³⁵ ის, თუ რომელი ინტერესი არის დაცვის ღირსი, ჰასემერს სურს გაარკვიოს ცალკეული ადამიანების ქცევის მიმართ საზოგადოების რეაქციაზე დაკვირვებით.³⁶ საბოლოოდ, მეცნიერი

³⁰ Marx, Zur Definition des Begriffs „Rechtsgut“, 1972, S. 17.

³¹ იქვე.

³² Amelung, იხ. დასახ. ნაშრ., გვ. 7.

³³ იქვე, გვ. 369.

³⁴ იქვე, გვ. 370.

³⁵ Hassemer/Neumann in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), იხ. დასახ. ნაშრომი, §1 Rn. 144.

³⁶ Hassemer, იხ. დასახ. ნაშრ., გვ. 131.

მიდის დასკვნამდე, რომ სამართლებრივი სიკეთე არის ყველა ის ინტერესი, რომელიც ზიანდება ისეთი ქცევის მეშვეობით, რომელიც ხშირად ხორციელდება, გააჩნია გარკვეული ინტენსივობის ხარისხი და ემუქრება საზოგადოებას.³⁷ იაკობსი მიიჩნევს, რომ სისხლის სამართლის ამოცანა არის ნორმის მოქმედების ფაქტობრივი გარანტია.³⁸ აღსანიშნავია, რომ ასეთ პირობებში სისხლის სამართალი იქცევა თვითმიზნად, რაც დაუშვებელია. მართალია, იაკობსი აღნიშნავს, რომ ნორმები, როგორც ასეთი, უნდა იყოს დაცული, თუმცა იგი არაფერს ამბობს ამ ნორმებით მოაზრებული სამართლებრივი სიკეთის შინაარსობრივ მხარეზე.³⁹ ველცელი ავითარებს მოსაზრებას, რომლის მიხედვითაც, სისხლის სამართლის ამოცანას წარმოადგენს სოციალ-ეთიკური ღირებულებების დაცვა. სისხლის სამართალი იცავს არა ცალკეულ სამართლებრივ სიკეთეს, არამედ პრინციპულ ღირებულებებს. თუმცა მეცნიერი, გაშუალებული გზით, ასევე არ გამოორიცხავს კონკრეტული სამართლებრივი სიკეთეების დაცვას სოციალ-ეთიკური ღირებულებების დაცვის ფარგლებში. აღნიშნული მოსაზრება ნაწილობრივ გაკრიტიკებულია იმ თვალსაზრისით, რომ არსებობს ისეთი ქმედების დასჯადობის საშიშროება, რომელიც, ზოგადად, არ შეიცავს საფრთხეს დასაცავი სამართლებრივი სიკეთის მიმართ. ასეთ დროს, დასჯადობა დაეფუძნება მხოლოდ სოციალ-ეთიკურ შეფასებას, კანონმდებელს კი მიეცემა შესაძლებლობა, დაადგინოს ისეთი სისხლისსამართლებრივი ნორმები, რომლებსაც ექნება ე.წ გენერალური დაშინების ფუნქცია, რაც დემოკრატიულ და სამართლებრივ სახელმწიფოში დაუშვებელია.⁴⁰ შტრატენვერტი კრიტიკულად უყურებს სამართლებრივი სიკეთის დეფინიციას. მეცნიერის მოსაზრებით, სისხლისსამართლებრივი ნორმების მრავალფეროვნების ფონზე, პრაქტიკულად, შეუძლებელია სამართლებრივი

³⁷ იქვე, გვ. 153-158.

³⁸ Jakobs, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Auflage, 1991, 1. Abschn. Rn. 2.

³⁹ Welzel, Das deutsche Strafrecht – Eine systematische Darstellung, 11. Auflage, 1969, S. 2 f.

⁴⁰ Jäger in: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band I, 9. Auflage, 2017, §1 Rn. 4.

სიკეთის ერთიანი ცნების ჩამოყალიბება.⁴¹ შუნემანი იზიარებს იდეას, რომლის მიხედვითაც, სამართლებრივი სიკეთე არის სისხლისსამართლებრივად დაცული ინტერესი. თუმცა მეცნიერი თვლის, რომ არა ყველა, არამედ მხოლოდ დაცვის მომეტებული საჭიროების მქონე ინტერესი უნდა იყოს სისხლის სამართლით დაცული.⁴²

აღსანიშნავია, რომ გერმანულ სისხლის სამართლის დოგმატიკაში ფართო გავრცელება ჰპოვა შეხედულებამ, რომლის თანახმადაც, სამართლებრივი სიკეთე არა რეალური, პოზიტიურად შეფასებადი სიკეთეა, არამედ იდეალური ღირებულება. იეშეკისა და ვაიგენდის შეხედულებით, სამართლებრივი სიკეთე იდეალურ, სოციალური წესრიგის სამართლებრივად დაცულ აბსტრაქტულ ღირებულებას წარმოადგენს, რომლის დაცვის ინტერესი მთლიანად საზოგადოებას გააჩნია.⁴³

ზოგადად, სამართლებრივი სიკეთის ცნების განსაზღვრას არ გააჩნია მხოლოდ წმინდა სისხლისსამართლებრივი მნიშვნელობა. როგორც როქსინი აღნიშნავს, კონსტიტუციურსამართლებრივი თვალსაზრისით, აუცილებელია, რომ კანონმდებელი ორიენტირდეს იმ აუცილებელ კრიტერიუმებზე, რომელთა მიხედვითაც, სამართლებრივი სიკეთის ცნებაზე დაყრდნობით, აუცილებელი გახდება სისხლისსამართლებრივი დასჯადობის დაწესება ან პირიქით, მისი თავიდან არიდება. აღნიშნული განსაკუთრებით აუცილებელია იმის გათვალისწინებით, რომ თანამედროვე ეპოქაში არსებობს სისხლის სამართლის მოქმედების გაფართოების ტენდენცია.⁴⁴ მათ შორის, ლაგოდნი მიუთითებს იმ გარემოებაზე, რომ სამართლებრივ სიკეთეზე დაყრდნობით, კონსტიტუციურსამართლებრივი თვალსაზრისით, კანონმდებელს, სულ მცირე, მოუწევს შესაბამისი არგუმენტაციის პოვნა იმასთან დაკავშირებით, თუ რატომ უნდა დადგინდეს კონკრეტული ქმედების სისხლისსამართლებრივი დასჯადობა.⁴⁵

⁴¹ Stratenwerth, Zum Begriff des „Rechtsgutes“, in: Eser/Schittenhelm/Schumann (Hrsg.), Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag, 1998, S. 388.

⁴² Schünemann in: Hefendehl/Hirsch/Wohlers (Hrsg.), *ib. d. a. s. a. b.* ნაშრ., გვ. 136 ff.

⁴³ Jescheck/Weigend, *ib. d. a. s. a. b.* ნაშრ., გვ. 257.

⁴⁴ Roxin, *ib. d. a. s. a. b.* მე-4 სქოლიო, §2 Rn. 50.

⁴⁵ Lagodny in: Hefendehl/Hirsch/Wohlers (Hrsg.), *ib. d. a. s. a. b.* ნაშრ., გვ. 87.

გერმანულ სისხლის სამართლის დოგმატიკაში დისკუსიის საგანს წარმოადგენს საკითხი, სამართლებრივ სიკეთეზე მოძღვრებას გააჩნია თუ არა კონსტიტუციური მნიშვნელობა და, შესაბამისად, სისხლისსამართლებრივი ნორმა, რომელიც კონკრეტული სამართლებრივი სიკეთის დაცვას არ ემსახურება, რამდენად არის არაკონსტიტუციური. გაბატონებული შეხედულებით, საკანონმდებლო ორგანო, როგორც წესი, თავისუფალია, ყოველ კონკრეტულ შემთხვევაში განსაზღვროს დაცული სამართლებრივი სიკეთე. თავისუფალი მიხედულობის ზღვარი კი წარმოიშობა კონსტიტუციიდან და სამართლებრივი სიკეთის დოქტრინალურ მოძღვრებას ამ თვალსაზრისით მნიშვნელობა არ ენიჭება.⁴⁶

3.2 სამართლებრივი სიკეთის დაცვა და დასჯადობის ლეგიტიმაციის საფუძველი ერმანიის ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლოს პრაქტიკის მიხედვით

გერმანიის ფედერალურმა საკონსტიტუციო სასამართლომ 2008 წლის გადანყვეტილებაში, სადაც საქმე ეხებოდა ახლო ნათესავებს შორის სისხლის აღრევის დასჯადობის კონსტიტუციურობას, არ გაიზიარა სამართლებრივი სიკეთის დაცვის დოქტრინის მნიშვნელობა სისხლისსამართლებრივი ნორმებით დაწესებული დასჯადობის კონსტიტუციურსამართლებრივი შეფასებისთვის. ამასთან, სასამართლოს შეფასებით, სისხლის სამართალმა უნდა შეაკავოს ისეთი ქცევები, რომლებიც განსაკუთრებით არის სოციალურად საზიანო და, ამასთან, ადამიანთა თანაარსებობისთვის აუტანელია.⁴⁷ შესაბამისად, სისხლისსამართლებრივ დაცვას უნდა დაექვემდებაროს მხოლოდ ისეთი ინტერესები, რომლებიც აუცილებელი წინაპირობაა საზოგადოების მშვიდობიანი თანაცხოვრებისთვის. გადანყვეტილებაში სასამართლო ასევე აღნიშნავს, რომ ნებისმიერ დემოკრატიულ სახელმწიფოში საკანონმდებლო ორგანოს პრეროგატივაა, შესაბამისი

⁴⁶ Appel, იხ. დასახ. ნაშრ., გვ. 390; Lagodny in: Hefendehl/Hirsch/Wohlers (Hrsg.), იხ. დასახ. ნაშრ., გვ. 85, 87; Stuckenberg, Grundrechtsdogmatik statt Rechtsgutslehre, GA 2011, S. 659.

⁴⁷ BVerfGE 120, 224.

ვითარებისა და გამოწვევების გათვალისწინებით, განსაზღვროს სისხლის სამართლის მოქმედების არეალი. ამ თვალსაზრისით, კონსტიტუციური მართლმსაჯულების ამოცანაა, რომ შეამოწმოს, რამდენად შეესაბამება დასჯადობის დამფუძნებელი ნორმა კონსტიტუციურ დებულებებს, პრინციპებს და ასევე კონსტიტუციით დადგენილ ღირებულებათა წესრიგს. კონსტიტუციიდან გამომდინარე, სისხლის-სამართლებრივი ნორმები არ ექვემდებარება რაიმე უფრო მკაცრ, დამატებით მოთხოვნებს, ამავე ნორმებით მისაღწევი ლეგიტიმური მიზნის იდენტიფიცირების გარდა. კერძოდ, ასეთი მოთხოვნა ვერ დადგინდება სისხლის სამართალში გაბატონებული სამართლებრივი სიკეთის დოქტრინიდან. კონსტიტუციური წესრიგიდან გამომდინარეობს, რომ სისხლის სამართლის მეშვეობით დასაცავი სიკეთეების განსაზღვრა, მათი მისადაგება საზოგადოების განვითარების კვალდაკვალ არსებულ გამოწვევებთან და, ასევე, შესაბამისი სასჯელის მიზნების დადგენა საკანონმდებლო ორგანოს მიხედულობის ფარგლებშია. დაუშვებელია, რომ ეს უფლებამოსილება შევიწროვდეს სისხლის სამართლის ლიტერატურაში არსებული სამართლებრივი სიკეთის მოძღვრებაზე დაყრდნობით. სისხლის სამართლის სფეროში კანონმდებლის ზემოაღნიშნული მიხედულობის ფარგლები მხოლოდ იქ ჰპოვებს საზღვრებს, სადაც ქმედების დასჯადობის დაწესებით, იმთავითვე გამოირიცხება დასახული ლეგიტიმური მიზნის მიღწევა. ის, თუ რა წვლილის შეტანა შეუძლია სამართლებრივი სიკეთის კონცეფციას სისხლის სამართლის პოლიტიკასა თუ დოქტრინაში, ირელევანტურია საკითხის კონსტიტუციურობის შეფასებისთვის. სისხლის სამართალში არსებული სამართლებრივი სიკეთის დოქტრინა არ ადგენს რაიმე არსებითი ხასიათის მასშტაბს, რომელსაც ექნებოდა პრეტენზია, ემოქმედა კონსტიტუციურ სამართალში და კანონმდებლისთვის დაედგინა მიხედულობის ფარგლების გარე ზღვარი.⁴⁸ გერმანულ კონსტიტუციურსამართლებრივ დოგმატიკაში აღნიშნავენ, რომ საკონსტიტუციო სასამართლო, საკუთარი პრაქტიკით, ურთიერთგამომრიცხავ სტანდარტს ადგენს. ერთი მხრივ, სასამართლო საკუთარ გადაწყვეტილებაში მსჯელობს, რომ სისხლის სამართალ-

⁴⁸ იქვე.

ლი, თავისი არსით, არის სოციალური წესრიგის დაცვის *ultima ratio* საშუალება, ხოლო, მეორე მხრივ, ამავე პრინციპზე დაყრდნობით, არ ზღუდავს კანონმდებელს, არამედ პირიქით, მისი დასაშვები მიხედულობის ფარგლებს სისხლის სამართლის პოლიტიკის განსაზღვრის სფეროში კიდევ უფრო აფართოებს.⁴⁹ ამასთან, აღსანიშნავია, რომ მიუხედავად სამართლებრივი სიკეთის დოქტრინის უარყოფისა, საკონსტიტუციო სასამართლო ლეგიტიმური მიზნის განხილვას იწყებს იმით, რომ მოახდინოს სისხლის სამართლის ნორმით დაცული სამართლებრივი სიკეთის იდენტიფიცირება. განსხვავება მდგომარეობს იმაში, რომ სასამართლოს მიერ გამოყენებული სტანდარტი არის შედარებით დაბალი, ვიდრე ამას ადგენს სამართლებრივი სიკეთის თაობაზე არსებული იურიდიული დოქტრინა.⁵⁰

4. სამართლებრივი სიკეთის დაცვა და *ultima ratio* პრინციპი სისხლის სამართალში

გერმანულ სამართლებრივ ლიტერატურაში აღიარებულია, რომ სისხლის სამართლის ლიბერალურმა ხასიათმა საკუთარი გამოვლინება ჰპოვა *ultima ratio* პრინციპის სახით. ხსენებული პრინციპის თანახმად, სისხლის სამართალი, როგორც კანონმდებლისთვის, ასევე სამართალგამომყენებლისთვის უნდა იყოს სოციალური წესრიგის დაცვის ყველაზე ბოლო მექანიზმი, „უკიდურეს შემთხვევაში როგორც უკიდურესი საშუალება“.⁵¹ გასათვალისწინებელია ის გარემოება, რომ სისხლის სამართალი ადამიანის უფლებებსა და თავისუფლებებში სახელმწიფოს ჩარევის ალტერნატიულ საშუალებებთან შედარებით, ყველაზე მძიმე ფორმას წარმოადგენს, შესაბამისად, მისი გამოყენება

⁴⁹ Noltenius, Grenzenloser Spielraum des Gesetzgebers im Strafrecht? Kritische Bemerkungen zur Inzestentscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 26. Februar 2008, ZJS 2009, S.17; Roxin, Zur Strafbarkeit des Geschwisterinzests – Zur verfassungsrechtlichen Überprüfung materiellrechtlicher Strafvorschriften, StV 2009, S. 545.

⁵⁰ Steinberg, Liberale Potentiale des strafrechtlichen Rechtsgutskonzepts – Überlegungen zur „Inzest-Entscheidung“ des Bundesverfassungsgerichts vom 26.2.2008, in: Festschrift für Rüping, 2009, S. 103.

⁵¹ Naucke, Strafrecht, Eine Einführung, 10. Auflage, 2002, S. 39.

მხოლოდ გამონაკლის შემთხვევაში უნდა დაიშვას.⁵² გერმანულ სისხლის სამართლის დოგმატიკაში ნაწილი მეცნიერების მიერ *ultima ratio* პრინციპი დაკავშირებულია სისხლის სამართლის სუბსიდიურობის პრინციპთან⁵³, ცალკეულ ავტორთა მოსაზრებით კი, აღნიშნულ პრინციპს პირდაპირი კავშირი აქვს სისხლის სამართლის ფრაგმენტულ ხასიათთან.⁵⁴ შუალედური პოზიციით, ხსენებული ტერმინები სინონიმებად გამოიყენება.⁵⁵

როქსინის შეხედულებით, სამართლებრივი წესრიგის ფარგლებში არსებულ დამცავ მექანიზმებს შორის სისხლის სამართალი უკანასკნელი საშუალებაა საზოგადოებრივი ურთიერთობების მოსაწესრიგებლად. შესაბამისად, მისი ამოცანაა სამართლებრივ სიკეთეთა სუბსიდიური დაცვა. აქედან გამომდინარეობს, რომ სისხლის სამართალს არ გააჩნია ნებისმიერი სამართლებრივი სიკეთის რეპრესიული მექანიზმების გამოყენების საფუძველზე დაცვის ფუნქცია. ამ თვალსაზრისით, მას გააჩნია ფრაგმენტული ხასიათი. თავის მხრივ, სუბსიდიურობის პრინციპის კონსტიტუციური საფუძველი თანაზომიერების პრინციპში ვლინდება.⁵⁶ რენგიერი სისხლის სამართალს მიიჩნევს როგორც ყველაზე ბასრ საშუალებას, რომელიც სახელმწიფოს სოციალური წესრიგის დაცვის მიზნებისთვის გააჩნია. მისი შეხედულებით, *ultima ratio* პრინციპი ემყარება თანაზომიერების კონსტიტუციურ მოთხოვნას, რომელიც, თავის მხრივ, სამართლებრივი სახელმწიფოს კონკრეტულ გამოხატულებას წარმოადგენს. ამდენად, *ultima ratio* პრინციპმა უნდა აიძულოს კანონმდებელი, რომ მან უპირატესობა მიანიჭოს საზოგადოებრივი ურთიერთობების მონესრიგების არასისხლისსამართლებრივ საშუალებებს.⁵⁷ ქიულის შეხედუ-

⁵² Wessels/Beulke/Satzger, *იხ. დასახ. ნაშრ.*, Rn. 9.

⁵³ Kaufmann, *Subsidiaritätsprinzip und Strafrecht*, in: Roxin (Hrsg.), *Festschrift für Henkel*, 1974, S. 89 ff.

⁵⁴ Maiwald, *Zum fragmentarischen Charakter des Strafrechts*, in: Schroeder/Zipf (Hrsg.), *Festschrift für Maurach*, 1972, S. 9 ff.

⁵⁵ Jareborg, *“Criminalisation als ultima ratio”* in: Arnold/Burkhardt u.a. (Hrsg.), *Menschengerechtes Strafrecht: Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag*, 2005, S. 1345.

⁵⁶ Roxin, *იხ. მე-4 სქოლიო*, §2 Rn. 97.

⁵⁷ Rengier, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 5. Auflage, 2013, S. 9.

ლებით, სუბსიდიურობის პრინციპი აქცევს სისხლის სამართალს სოციალური წესრიგის დაცვის უკანასკნელ საშუალებად. მეორე მხრივ, მისი ფრაგმენტული ხასიათი მოითხოვს იმას, რომ კანონმდებელმა მხოლოდ ისეთი სამართლებრივი სიკეთეები დაიცვას სისხლის სამართლის წესით, რომლის დაცვის მომეტებული საჭიროება არსებობს.⁵⁸

აღსანიშნავია, რომ სახელმწიფოს საზოგადებრივი ურთიერთობების რეგულირების მრავალფეროვანი საშუალებები გააჩნია. იმის უზრუნველსაყოფად, რომ ზემოაღნიშნული საშუალებების შერჩევით სას კანონმდებელმა იმოქმედოს კონსტიტუციით დადგენილ ფარგლებში, აუცილებელია, მხედველობაში იქნეს მიღებული სამართლებრივი სახელმწიფოს პრინციპიდან ნაწარმოები თანაზომიერების მოთხოვნა.⁵⁹ ლეგიტიმური მიზნის მისაღწევად გამოყენებული უნდა იქნეს ყველაზე მსუბუქი და თანაბრად შესაფერისი საშუალება.⁶⁰ სისხლის სამართლის თავისებურება მდგომარეობს იმაში, რომ იგი განსაკუთრებული ინტენსივობით ერევა ადამიანის ფუნდამენტურ უფლებებსა და თავისუფლებებში.⁶¹ სამართლის არც ერთ სხვა დარგს არ გააჩნია ნორმის ადრესატის უფლებებში ამ ხარისხის ჩარევის პოტენციალი. ამ თვალსაზრისით, სისხლის სამართალი, მათ შორის, შეიძლება შეეხოს ინდივიდის უფლებებისა და თავისუფლებების ძირითად ბირთვს.⁶² აღნიშნულს გააჩნია ის პრაქტიკული შედეგი, რომ სახელმწიფომ სისხლის სამართალი უნდა გამოიყენოს როგორც სოციალური წესრიგის დაცვის უკანასკნელი საშუალება.⁶³ სწორედ აქედან გამომდინარეობს, რომ საზოგადოებრივი ურთიერთობების მონესრიგებისას ყველა სხვა საშუალებას გააჩნია უპირატესი გამოყენების პრეტენზია. შესაბამისად, სისხლის სამართალი სუბსიდიურია. ამასთან, სუბსიდიურობის პრინციპი არ არის *ultima ratio* პრინციპის

⁵⁸ Kühl in: Lackner/Kühl (Hrsg.), Strafgesetzbuch: Kommentar, 28. Auflage, 2014, §13, Rn. 3.

⁵⁹ BVerfG NJW 1975, 573, 576 f.

⁶⁰ Grzeszick in: Maunz/Düring (Begr.), Grundgesetz Kommentar, 2015, Art. 20, Rn. 110 ff.

⁶¹ BVerfG NJW 1993, 1751.

⁶² Schünemann in: Hefendehl/Hirsch/Wohlers (Hrsg.), *იხ. დასახ. ნაშრ., გვ. 143 f.*

⁶³ Hassemer in: Hefendehl/Hirsch/Wohlers (Hrsg.), *იხ. დასახ. ნაშრ., გვ. 62; BVerfG NJW 1975, 573, 576 f.*

იდენტური. *ultima ratio* პრინციპის პრაქტიკული რეალიზაცია აყალიბებს სისხლის სამართლის სუბსიდიურ ბუნებას, რაც, თავის მხრივ, გამოხატულებას ჰპოვებს მის ფრაგმენტულ ხასიათში.

4.1. გერმანიის ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლოს პრაქტიკა

გერმანიის ფედერალურმა საკონსტიტუციო სასამართლომ სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობის დაწესების კონსტიტუციურსამართლებრივ ფარგლებზე პირველად 1957 წლის გადაწყვეტილებაში იმსჯელა, რომელიც შეეხებოდა ჰომოსექსუალიზმის დასჯადობის კონსტიტუციურობის საკითხს. სასამართლოს შეფასებით, საკანონმდებლო ორგანო ვალდებულია, განსაკუთრებული თავშეკავება გამოიჩინოს ისეთ შემთხვევებში, როდესაც საკითხი ეხება საზოგადოებრივი ურთიერთობების მოწინააღმდეგეობას სისხლის სამართლის საფუძველს.⁶⁴ თუმცა სასამართლოს გადაწყვეტილებაში ამ საკითხზე სიღრმისეულად არ უმსჯელია და როგორც გერმანულ სამართლებრივ დოგმატიკაში აღნიშნავენ, სწორედ ეს გახდა იმის მიზეზი, რომ ამჟამად არაკონსტიტუციური ნორმა საზოგადოებრივი ზნეობის დაცვის მოტივით ჩაითვალა კონსტიტუციურად.⁶⁵

უშუალოდ *ultima ratio* პრინციპზე გერმანიის ფედერალურმა საკონსტიტუციო სასამართლომ პირველად ყურადღება 1975 წელს გაამახვილა, როდესაც დავის საგანს წარმოადგენდა სისხლის სამართლის კოდექსით გათვალისწინებული აბორტის დასჯადობის კონსტიტუციურობა. სასამართლოს შეფასებით, დაუშვებელია, რომ სისხლისსამართლებრივი ნორმის საფუძველზე დაწესებული სასჯელი ემსახურებოდეს თვითმიზანს. უკიდურეს შემთხვევაში, როდესაც კონსტიტუციით მოაზრებული სიკეთის დაცვის სხვაგვარად მიღწევა შეუძლებელია, საკანონმდებლო ორგანო შესაძლებელია, იყოს ვალდებული, რომ გამოიყენოს სისხლისსამართლებრივი საშუალებები ჯერ

⁶⁴ BVerfGE 6, 389.

⁶⁵ Krieg/Wieckhorst, Bewältigung gravierenden Unrechts im demokratischen Rechtsstaat: Verfassungsrechtlichen Grenzen der legislativen Kasation von Rechtskräftigen Strafurteilen, Zeitschrift - Der Staat 2015, S. 539 ff.

კიდევ განვითარებადი სიცოცხლის დასაცავად. ამგვარად, სისხლის სამართლის ნორმა წარმოადგენს *ultima ratio* საშუალებას კანონმდებლისთვის. სამართლებრივი სახელმწიფოს პრინციპიდან ნაწარმოები თანაზომიერების მოთხოვნის თანახმად, რომელიც დომინირებს მთლიანად საჯარო სამართალში, კანონმდებელმა განსაკუთრებული თავშეკავება უნდა გამოიჩინოს სისხლისსამართლებრივი ნორმის ამოქმედებისას. ამასთან, სისხლის სამართალი, როგორც უკანასკნელი საშუალება, უნდა იქნეს გამოყენებული მაშინ, როდესაც სხვაგვარად ვერ მიიღწევა დასახული ლეგიტიმური მიზანი. მოცემულ შემთხვევაში მხედველობაშია ასევე მისაღები დასაცავი სამართლებრივი სიკეთის ღირებულება და მნიშვნელობა. აქედან გამომდინარე, საუბარია საკანონმდებლო ორგანოს მიერ დასჯადობის დაწესების რელატიურ და არა აბსოლუტურ მოვალეობაზე.⁶⁶ ფედერალურმა საკონსტიტუციო სასამართლომ *ultima ratio* პრინციპზე ყურადღება გაამახვილა 1993 წლის გადაწყვეტილებაშიც, რომელიც ასევე ეხებოდა ორსულობის შეწყვეტის დასჯადობის კონსტიტუციურობას. სასამართლოს შეფასებით, მართალია, სისხლის სამართალი არ არის სამართლებრივი სიკეთის დაცვის ძირითადი საშუალება, თუნდაც მისი ყველაზე ინტერვენციული ხასიათის გამო, ამიტომ მისი გამოყენება ექვემდებარება პროპორციულობის მოთხოვნებს. ამასთან, სისხლის სამართალი, როგორც უკანასკნელი საშუალება, გამოიყენება მაშინ, როდესაც კონკრეტული ქცევა სოციალურად განსაკუთრებით საზიანოა, ადამიანთა მშვიდობიანი თანაცხოვრებისთვის აუტანელია და მისი შეკავება აუცილებლობას წარმოადგენს. საკონსტიტუციო სასამართლომ აღნიშნული პრაქტიკა არ შეცვალა და უკვე 2008 წელს მიღებულ გადაწყვეტილებაში, რომელიც შეეხებოდა ახლო ნათესავებს შორის სისხლის აღრევის დასჯადობის კონსტიტუციურობის საკითხს, კიდევ ერთხელ, ხაზი გაუსვა *ultima ratio* პრინციპის მნიშვნელობას სისხლის სამართალში. ამასთან, სასამართლომ ხსენებული პრინციპი დაუკავშირა უშუალოდ თანაზომიერების პრინციპის მესამე ელემენტს, კერძოდ, ლეგიტიმური მიზნის მისაღწევად სისხლისსამართლებრივი ნორმის გამოყენების აუცილებლობას. სასამართლოს შეფასებით,

⁶⁶ BVerfGE 39, 1.

სისხლის სამართალი გამოიყენება როგორც *ultima ratio* საშუალება სამართლებრივი სიკეთის დასაცავად. სასჯელის დაწესების, მისი დაკისრებისა და აღსრულების დროს სახეზეა სოციალ-ეთიკური გასაკიცხაობა. შესაბამისად, სისხლის სამართლის ნორმის შემონმების ეტაპზე გადამეტების აკრძალვის შეფასებას განსაკუთრებული მნიშვნელობა ენიჭება. ამასთან, საკანონმდებლო ორგანოს გააჩნია მიხედულობის ფართო არეალი სისხლისსამართლებრივი პოლიტიკის შემუშავების და დასჯად ქმედებათა წრის დადგენის პროცესში. ის, როგორც წესი, თავისუფალია საკითხის განსაზღვრაში, დაიცვას თუ არა კონკრეტული სამართლებრივი სიკეთე სისხლისსამართლებრივი საშუალებების საფუძველზე. მიუხედავად ამისა, *ultima ratio* პრინციპი მოითხოვს, რომ სისხლისსამართლებრივი ნორმა იყოს ლეგიტიმური მიზნის მისაღწევად აუცილებელი საშუალება. ლეგიტიმური მიზნის მისაღწევად არჩეული საშუალების აუცილებლობის შეფასებისას საკანონმდებლო ორგანოს გააჩნია ფართო მოქმედების ასპარეზი, რომლის გადამონმების შესაძლებლობა საკონსტიტუციო სასამართლოს მხოლოდ შეზღუდულ ფარგლებში გააჩნია.

4.2. ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლოს პრაქტიკის კრიტიკა გერმანულ იურიდიულ დოქტრინაში

ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლოს პრაქტიკა *ultima ratio* პრინციპთან დაკავშირებით კრიტიკის საგანია გერმანულ სამართლებრივ დოგმატიკაში. ამ თვალსაზრისით, ლიტერატურაში ხშირად აღნიშნავენ, რომ ამ დრომდე საკონსტიტუციო სასამართლოს მიერ არ მომხდარა *ultima ratio* პრინციპის კონსტიტუციურ დონეზე აყვანა, რაც, თავის მხრივ, შეზღუდავდა საკანონმდებლო ორგანოს განუზომლად დიდ მიხედულობის ფარგლებს.⁶⁷ გერმანიის შეხედულებით, სასამართლო მხოლოდ ქმედების კრიმინალიზაციის სოციალურ მნიშვნელობაზე აკეთებს აქცენტს. კერძოდ, საკანონმდებლო ორგანო, სისხლისსამართლებრივი აკრძალვის დაწესებით,

⁶⁷ Landau, Die deutsche Strafrechtsdogmatik zwischen Anpassung und Selbstbehauptung - Grenzkontrolle der Kriminalpolitik durch die Dogmatik?, ZStW 2009, S. 972.

მხედველობაში იღებს იმ გარემოებას, რომ გარკვეული ხასიათის ქცევა სოციალურად განსაკუთრებით საშიშია, შესაბამისად, *ultima ratio* პრინციპზე აპელირებით, საჭიროდ თვლის შესაბამისი სასჯელის დაწესებას. საბოლოო ჯამში კი, *ultima ratio* პრინციპი წარმოჩინდება არა როგორც დასჯადობის ზღვრის დამდგენი, არამედ გარკვეული ქმედების კრიმინალიზაციის პოლიტიკური მიზეზი. იმ პირობებში, როდესაც *ultima ratio* პრინციპს საკონსტიტუციო სასამართლოს პრაქტიკაში არ გააჩნია კონსტიტუციური რანგი, ქმედების დასჯადობის დაწესება არსებითად საკანონმდებლო ორგანოს პოლიტიკური გადაწყვეტილების ფარგლებში თავსდება.⁶⁸ როქსინის მოსაზრებით, სისხლისსამართლებრივი ნორმის კონსტიტუციურობის შეფასებისთვის არ არის საკმარისი მხოლოდ იმ ასპექტების შემოწმება, გამოიყენება თუ არა ის ლეგიტიმური მიზნის მისაღწევად, ამასთან, არის თუ არა გამოსადეგი, აუცილებელი და ვინაოდ პროპორციული. თავის მხრივ, სისხლისსამართლებრივი ნორმით მისაღწევ მიზანს სჭირდება კონსტიტუციურსამართლებრივი ლეგიტიმაცია. აღნიშნული ლეგიტიმაცია გამომდინარეობს იმ მოცემულობიდან, რომ სისხლის სამართალი უნდა იქნეს გამოყენებული როგორც *ultima ratio* საშუალება სამართლებრივი სიკეთის დასაცავად და არა, ზოგადად, ლეგიტიმური მიზნის მისაღწევად.⁶⁹ თუმცა მოცემულ შემთხვევაში რთულია იმის განსაზღვრა, თუ საიდან უნდა დადგინდეს კანონმდებლის მიერ სამართლებრივი სიკეთე, რომელიც დაექვემდებარებოდა სისხლისსამართლებრივ დაცვას. მიუხედავად ამისა, დოგმატიკოსთა ნაწილი საკონსტიტუციო სასამართლოს მოუწოდებს, *ultima ratio* პრინციპი მოიყვანოს კონსტიტუციურ მოქმედებაში და კანონმდებლის მიერ დაწესებული დასჯადობის დამდგენი ნორმა ცნობილ იქნეს არაკონსტიტუციურად, თუ ამავე ნორმით დაცული სამართლებრივი სიკეთე კონსტიტუციურ ღირებულებათა წესრიგიდან არ გამომდინარეობს. შესაბამისად, ავტორთა ამ შეხედულებით, სამართლებრივი სიკეთის იდენტიფიცირებისას კანონმდებელი უნდა დაეყრდნოს კონსტიტუციას და მისით მოაზრებული სამართლებრივი სიკეთეები უნდა და-

⁶⁸ Gärditz, *Demokratizität des Strafrechts und Ultima Ratio-Grundsatz*, JZ 2016, S. 647.

⁶⁹ იქვე.

იცვას სისხლის სამართლის მეშვეობით. სწორედ ამ გზით არის *ultima ratio* პრინციპის პრაქტიკული რეალიზაცია სისხლისსამართლებრივი პოლიტიკის განსაზღვრის პროცესში მიღწევადი.

4.3. საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს პრაქტიკა

საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს, მართალია, არ გააჩნია მდიდარი პრაქტიკა სისხლის სამართლის *ultima ratio* პრინციპთან მიმართებით, თუმცა, ამ მხრივ, აღსანიშნავია 2015 წლის 24 ოქტომბრის გადაწყვეტილება.⁷⁰ ხსენებულ გადაწყვეტილებაში სასამართლო ავითარებს მსჯელობას, რომ სახელმწიფოს აქვს ფართო მიხედულობის ზღვარი სისხლის სამართლის პოლიტიკის განსაზღვრის დროს. სამართლებრივი სახელმწიფო ემსახურება რა თავისუფალი და დაცული ადამიანის უზრუნველყოფას, ამ მიზნის მისაღწევად ის აღჭურვილი უნდა იყოს შესაბამისი და საკმარისი ეფექტური ბერკეტებით. ამ თვალსაზრისით, სახელმწიფოს ხელში მძლავრ და მნიშვნელოვან ინსტრუმენტს წარმოადგენს დანაშაულთან ბრძოლა და, ამ გზით, საზოგადოებრივი წესრიგის, სახელმწიფო უსაფრთხოების, სხვა ლეგიტიმური კონსტიტუციური მიზნების მიღწევა და, შედეგად, ადამიანის უფლებების და თავისუფლებების დარღვევის თავიდან აცილება, პრევენცია. თუმცა სახელმწიფოს პასუხისმგებლობის ტვირთი ძალიან მაღალია ამ ინსტრუმენტის მიზნობრივად გამოყენებისთვის, რადგან ის (ინსტრუმენტი) თავად არ აღმოჩნდეს სახელმწიფოს ხელთ იმ სიკეთეების დარღვევის წყაროდ, რომელთა დასაცავადაც მისი გამოყენების კონსტიტუციური ვალდებულება აქვს ხელისუფლებას. ამ პროცესში სახელმწიფოს ევალება ადამიანისთვის, საზოგადოებისთვის, სახელმწიფოსთვის საფრთხის შემქმნელი რისკების სწორად შეფასება, პროგნოზირება, რეალური საფრთხეების ობიექტურად ანონვა და მათ ასაცილებლად ან გასანიჭრალეზლად გონივრული, უკიდურესად აუცილებელი, ამასთან, საკმარისი ღონისძიებების გამოყენება. შესაბამისად, სახელმწიფოს პასუხისმგებლობის სფეროს განე-

⁷⁰ იხ. საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2015 წლის N/1/4592 გადაწყვეტილება საქმეზე „საქართველოს მოქალაქე ბექა ნიქარიშვილი საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ“.

კუთვნიება კანონით კონკრეტული ქმედებების რეგულირება, აკრძალვა და ასეთი საყოველთაო წესების დარღვევისთვის პასუხისმგებლობის შესაბამისი ზომების გამოყენება. ცხადია, ამ პროცესში სახელმწიფოს ძალიან დიდი სიფრთხილე მართებს, რადგან უსაფუძვლოდ არ შეზღუდოს ადამიანების თავისუფლება ამა თუ იმ ქმედების აკრძალვის გზით. სახელმწიფო არ შეიძლება ადამიანის თავისუფლებაში ჩაერიოს ობიექტურად საჭიროზე მეტი დოზით, რადგან, შედეგად, მიზნად გადაიქცევა ადამიანის შეზღუდვა და არა მისი უფლებების დაცვა.⁷¹ აქედან გამომდინარე, მართალია, სახელმწიფო მიხედულობის ფართო ზღვრით სარგებლობს სისხლის სამართლის პოლიტიკის განსაზღვრისას, მაგრამ მისი მოქმედების არეალი და ფარგლები უსაზღვრო არ არის, ის ნებისმიერი ქმედების განხორციელებისას უპირობოდ შეზღუდულია კონსტიტუციით და, პირველ რიგში, ადამიანის უფლებებითა და თავისუფლებებით, როგორც უშუალოდ მოქმედი სამართლით.⁷² საკონსტიტუციო სასამართლო ამასთან აღნიშნავს, რომ სამართლებრივ სახელმწიფოში სისხლის სამართლის - ქმედების კრიმინალიზაციისა და მისი დასჯადობის ფუნქცია მხოლოდ მაშინაა წარმატებული, როდესაც ის გამოიყენება როგორც *ultima ratio*. საზოგადოების და ადამიანის ინტერესების დასაცავად სისხლისსამართლებრივი ნორმები უნდა გამოიყენებოდეს როგორც უკიდურესი საშუალება, როდესაც ამონურულია სამართლებრივ სიკეთეთა დაცვის არასისხლისსამართლებრივი საშუალებები. ამ პროცესის წარმატებულობას უზრუნველყოფს ხელისუფლების მხრიდან შემდეგი პირობების კუმულაციურად დაკმაყოფილება: ა) კანონით დანაშაულად მხოლოდ ისეთი ქმედების მიჩნევა, რომელიც უმართლობის ხარისხის იმ მომენტებული რისკების მატარებელია, რომელთა განეიტრალება და, ამ გზით, საზოგადოების და ადამიანების დაცვა ობიექტურად სისხლის სამართლის სფეროს განეკუთვნება; ბ) კანონითვე კრიმინალიზებული ქმედებისთვის პასუხისმგებლობის პროპორციული ზომის გათვალისწინება. სასჯელი, ერთგვარად, როგორც სოციალური კონტროლის მექანიზმი, სახელმწიფო იძულების ყველაზე მკაცრი ღონისძიებაა,

⁷¹ იქვე, ნაწ. II, § 32.

⁷² იქვე, ნაწ. II, § 70.

ამიტომ კონკრეტული ქმედებისთვის სასჯელის დაწესებისას კანონმდებელი შეზღუდულია იმის დემონსტრირების ვალდებულებით, რომ სასჯელის მის მიერ შერჩეული ღონისძიება არის ეფექტური და პროპორციული; გ) კანონმდებლის მიერ სასამართლოს აღჭურვა შესაძლებლობით, გადაწყვეტილება მიიღოს ყოველ კონკრეტულ შემთხვევაში, ქმედების სიმძიმის, დამნაშავეს პიროვნების, ყველა ინდივიდუალური გარემოების გათვალისწინებით; დ) სასამართლოს მიერ ზემოაღნიშნული ინსტრუმენტების სწორად და სამართლიანად გამოყენება.⁷³ საკონსტიტუციო სასამართლო, დადგენილი პრაქტიკის შესაბამისად, სამართლებრივი სიკეთის დაცვის აუცილებლობას მიიჩნევს ქმედების კრიმინალიზაციის კონსტიტუციურ საფუძველად. ამიტომ ამა თუ იმ ქმედების კრიმინალიზება, შესაბამისი საზოგადოებრივი სიკეთების, ლეგიტიმური მიზნების დაცვის რეალური და ობიექტური აუცილებლობის გარეშე, საფრთხეს უქმნის ადამიანის თავისუფლებას, შედეგად, ხელისუფლების ქმედებას აცლის კონსტიტუციურ საფუძველს.⁷⁴

5. სისხლის სამართლის სუბსიდიური ბუნება

სისხლის სამართალი, თავის არსით, არის სუბსიდიური საშუალება სოციალური წესრიგის დასაცავად. როქსინის შეხედულებით, სისხლის სამართლის ამოცანა სამართლებრივი სიკეთის სუბსიდიურ დაცვაში მდგომარეობს.⁷⁵ ხშირად სისხლის სამართლის სუბსიდიური ხასიათი გაიგივებულია *ultima ratio* პრინციპთან.⁷⁶ ამასთან, ეს ორი პრინციპი მხოლოდ ნაწილობრივ ემთხვევა ერთმანეთს. კერძოდ მაშინ, როდესაც საუბარია უფრო მსუბუქი და, ამასთან, თანაბრად ეფექტური საშუალების გამოყენებაზე სამართლებრივი სიკეთის დასაცავად. აღნიშნული პირდაპირ გამომდინარეობს აუცილებლობის, როგორც თანაზომიერების კონსტიტუციური პრინციპის შემადგენ-

⁷³ იქვე, ნაწ. II, § 35.

⁷⁴ იქვე, ნაწ. II, § 70.

⁷⁵ Roxin, *ib. Me-4* სქოლიო, §2 Rn. 97.

⁷⁶ Jescheck/Weigend, *ib. დასახ. ნაშრ., გვ. 53*; Kühl, *Fragmentarisches und subsidiäres Strafrecht*, in: Sieber u. a. (Hrsg.), *Festschrift für Tiedemann*, 2008, S. 42.

ლი ელემენტის მოთხოვნიდან.⁷⁷ ultima ratio პრინციპი, თავისი არსით, უფრო ფართოა. იგი ასევე ითვალისწინებს მოთხოვნას, რომლის მიხედვითაც, სისხლის სამართალი ცალსახად მხოლოდ გამონაკლისი სახით, როგორც უკანასკნელი საშუალება იქნეს გამოყენებული. აღნიშნული კი, აუცილებლობის ელემენტის გარდა, ასევე გავლენას ახდენს, ვინრო გაგებით, პროპორციულობის ტესტის შემოწმებაზე. შესაბამისად, სისხლის სამართლის სუბსიდიური ხასიათი შედარებით ვინრო კონტექსტში განიხილება. იგი არ სცილდება აუცილებლობის კონსტიტუციური მოთხოვნის ფარგლებს.⁷⁸

გერმანულ სამართლებრივ დოგმატიკაში ასევე აქტიურად განიხილება სუბსიდიარობის პრინციპის სხვა ასპექტი. კერძოდ, სისხლის სამართლის სუბსიდიური ხასიათი არ შეიძლება გაგებულ იქნეს მხოლოდ სახელმწიფოს წინააღმდეგ მიმართულ თავდაცვით საშუალებად. იგი ასევე ათავისუფლებს სახელმწიფოს იმდენად, რამდენადაც მას არ უწევს მკაცრი რეპრესიული მექანიზმების გამოყენება იმ შემთხვევებში, როდესაც საზოგადოება თავად, რეპრესიული საშუალებების გარეშე, უმკლავდება გარკვეულ სოციალურ გამოწვევებს.⁷⁹ ამ მხრივ, სუბსიდიარობის პრინციპი გულისხმობს ისეთ სისხლის სამართლის იდეას, რომლის მიზანია განსაკუთრებით საზიანო ქცევათა დასჯადობის დანესება და რეპრესიული მექანიზმების მხოლოდ მაშინ ამოქმედება, როდესაც არ არის საკმარისი სხვა ნაკლებად ინტენსიური საშუალებების გამოყენება. შესაბამისად, როგორც წესი, უპირატესობა უნდა მიენიჭოს სოციალური კონტროლის არასისხლის-სამართლებრივი საშუალებების გამოყენებას. სისხლის სამართალი მოქმედებაში უნდა მოვიდეს მხოლოდ მაშინ, როდესაც დარღვევები საზოგადოებრივი თანაცხოვრების ფარგლებში აღწევს იმ ხარისხის ინტენსივობას, რომ სამოქალაქო თუ ადმინისტრაციული სამართლის ნორმების საფუძველზე შეუძლებელია საზოგადოებრივი მშვიდობისა და სტაბილურობის შენარჩუნება. ამ თვალსაზრისით, სისხლის სამართალი სხვა არაფერია, თუ არა სოციალური კონტროლის სუბსიდიური

⁷⁷ Roxin, *ib.* მე-4 სქოლიო, §2 Rn. 98.

⁷⁸ იქვე.

⁷⁹ Kaufmann, Subsidiaritätsprinzip und Strafrecht, in: Roxin (Hrsg.), *ib.* დასახ. ნაშრ., 1974, S. 92 f.

საშუალება. როქსინის შეხედულებით, სუბსიდიურობის პრინციპიდან გამომდინარე, სამართლებრივ სიკეთეს, ერთი მხრივ, იცავს სისხლის სამართალი, ხოლო, მეორე მხრივ, ეს უკანასკნელი უნდა იყოს დაცული სისხლის სამართლის ექსპანსიისგან.⁸⁰

6. სისხლის სამართლის ფრაგმენტული ხასიათი

როცა საუბარია სისხლის სამართლის ფრაგმენტულ ხასიათზე, უნდა აღინიშნოს, რომ ყველა შესაძლო ინტერესის დარღვევა არ შეიძლება აღკვეთილ იქნეს სისხლისსამართლებრივი ნორმების საფუძველზე. შესაბამისად, სისხლის სამართლის ფრაგმენტული ხასიათის დაშვება ემყარება შემდეგ მოსაზრებას: მაშინაც კი, როდესაც გარკვეული ინტერესი დაცვის ღირს სამართლებრივ სიკეთედ განისაზღვრება, არ არის სავალდებულო, მისი ხელყოფა სისხლისსამართლებრივი სანქციის გამოყენებით იყოს აკრძალული. ამ თვალსაზრისით, საზოგადოებრივი ცხოვრების გარკვეულ სფეროებში სრული და ყოვლისმომცველი სისხლისსამართლებრივი აკრძალვების არარსებობა დასაშვებია და არ საჭიროებს დამატებით დასაბუთებას. კონსტიტუციურსამართლებრივი პერსპექტივიდან გამომდინარე, ამ საფუძველით სისხლისსამართლებრივი კანონის არასრული ხასიათი არ შეიძლება ჩაითვალოს კრიტიკის საგნად, სანამ მსგავსი ქცევის მიმართ არათანაბარი მოპყრობა საკითხის თვითნებურად გადაწყვეტის ზღვარს არ გადალახავს.⁸¹ ლეგიტიმური მიზნის მიღწევის პროცესში, სისხლის სამართლის ფრაგმენტული ხასიათი ასევე მჭიდროდ დაკავშირებულია *ultima ratio* პრინციპთან, ისევე როგორც სახელმწიფოს სუბსიდიურ საშუალებასთან.⁸² აღნიშნული მიდგომა ნაწილობრივ გასაზიარებელია, ვინაიდან სამივე დასახელებული პრინციპი შედეგად იწვევს სისხლის სამართლის გამოყენების შეზღუდვას. თუმცა, უნდა აღინიშნოს, რომ მათ შორის ასევე არსებობს გარკვეული განსხვავება. გერმანულ იურიდიულ დოქტრინაში გავრცელებული შეხედულების მიხედვით, სისხლის სამართლის პოლიტიკის დაგეგმვისა

⁸⁰ Roxin, Sinn und Grenzen staatlicher Strafe, JuS 1966, S. 382.

⁸¹ Hamann, Grundgesetz und Strafgesetzgebung, 1963, S. 67.

⁸² Roxin, *ib.* მე-4 სქოლიო, §2 Rn. 97.

და კანონშემოქმედების პროცესში სისხლის სამართლის ფრაგმენტული ხასიათი ზემოხსენებულ ორ პრინციპზე მეტად აქტუალურია. მოსამართლის რეაგირების მოქნილი ფორმები, რომელთა არჩევა მას შეუძლია კანონიერად მინიჭებული შესაძლებლობების ფარგლებში (განრიდების ან სასჯელზე უარის თქმის გზით), წარმოადგენს *ultima ratio* პრინციპის, ისევე როგორც სისხლის სამართლის სუბსიდიური ბუნების კონკრეტულ გამოხატულებას, თუმცა ბოლომდე არ შეესაბამება სისხლის სამართლის ფრაგმენტული ხასიათის ჩვეულებრივ გაგებას. ეს უკანასკნელი, თავისი არსით, უფრო ფართოა და გულისხმობს, რომ მის საფუძველზე გარკვეული სფეროები და ქმედებები აბსოლუტურად დაცულია სისხლისსამართლებრივი კონტროლისა და რეპრესიული მექანიზმების გამოყენებისგან.⁸³ მაივალდის შეხედულებით, სისხლის სამართლის ფრაგმენტულ ხასიათს ასევე გააჩნია კონსტიტუციურსამართლებრივი განზომილება. მეცნიერის მოსაზრებით, ადამიანის ღირსების კონსტიტუციური უფლება მოითხოვს, რომ სახელმწიფომ ნებისმიერ ბრალეულ ქმედებას არ უპასუხოს შესაბამისი სისხლისსამართლებრივი სანქციით და ამით პირის დასჯა არ გახადოს თვითმიზანი.⁸⁴ ამრიგად, სისხლის სამართლის ფრაგმენტული ხასიათი მიმართულია უშუალოდ საკანონმდებლო ორგანოსკენ, რომელმაც მას სისხლის სამართლის პოლიტიკის შემუშავების პროცესში გარკვეული ჩარჩოები და ორიენტირი უნდა განუსაზღვროს.⁸⁵

7. დასკვნა

როგორც კონსტიტუციურსამართლებრივ, ასევე სისხლისსამართლებრივ ლიტერატურასა და პრაქტიკაში, ძირითადად, შეთანხმებულ მოცემულობას წარმოადგენს ის გარემოება, რომ სისხლის სამართალი უნდა გამოიყენებოდეს როგორც სოციალური წესრიგის დაცვის უკანასკნელი საშუალება. თუმცა საკითხის კომპლექსურობიდან გამომდინარე, განსხვავებულია სისხლის სამართლის *ultima*

⁸³ BGH JR 2008, 155.

⁸⁴ Maiwald, Zum fragmentarischen Charakter des Strafrechts, in: Schroeder/Zipf (Hrsg.), *ib. დასახ. ნაშრ.*, 1972, გვ. 21 f.

⁸⁵ Kühn, *ib. 76-ე სქოლიო*, გვ. 41.

ratio ხასიათისა და მისი სუბსიდიური თუ ფრაგმენტული ბუნების ფარგლებისა და მასშტაბების იდენტიფიცირება. ამ მხრივ, არსებულ თითოეულ არგუმენტაციას სამართლებრივ დოგმატიკასა და პრაქტიკაში გააჩნია დადებითი და უარყოფითი მხარეები. საკითხი კიდევ უფრო მეტ რელევანტურობას იძენს ისეთ ვითარებაში, როდესაც თანამედროვე ეპოქაში, საზოგადოებრივი თუ ტექნოლოგიური განვითარების კვალდაკვალ, სახელმწიფო დგას იმ გამოწვევების წინაშე, რომ სისხლის სამართლის მეშვეობით დაიცვას ინდივიდი, საზოგადოება და სახელმწიფო მომეტებული საფრთხეებისა და ზიანისაგან. ამასთან, აუცილებელია, რომ აღნიშნულმა არ გამოიწვიოს მატერიალური სისხლის სამართლის ექსპანსია, ხოლო, მეორე მხრივ, გადამეტებული ჩარევისგან დაცული იყოს კონსტიტუციით გარანტირებული უფლებები და თავისუფლებები.

მორის შალიკაშვილი

ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის ასო-
ცირებული პროფესორი, სამართლის დოქტორი

ჩიკაგოს სკოლის კრიმინალურ სუბკულტურული კვლევების ფსიქონათროპოლოგიური ასპექტები*

1. შესავალი

არ არსებობს საზოგადოება დანაშაულის, დევიაციური ქმედების გარეშე. ხშირად იცვლება მისი ჩადენის ფორმები, მაგრამ ყველა დროში არსებობდნენ ადამიანები, რომლებიც დანაშაულს ჩადიდნენ.¹ დანაშაულის არმქონე საზოგადოება შეუძლებელია არსებობდეს.² ის, რაც ერთ საზოგადოებაში დანაშაულად ითვლება, მეორეში სულაც არ არის დანაშაული.³

აღნიშნული ნაშრომის ფარგლებში ყურადღება იქნა გამახვილებული სუბკულტურულ კვლევებზე. მაქს ვებერის აზრით, საქციელის სოციოლოგიური ახსნა-განმარტება პირველ რიგში პასუხს უნდა სცემდეს კითხვას, თუ რატომ ახორციელებენ ადამიანები მოქმედებებს, რომლებსაც ისინი ახორციელებენ.⁴ მოცემული ნაშრომის ფარგლებში ჩიკაგოს სკოლის კვლევების მაგალითზე შევეცდებით გავიგოთ, რატომ ქმნიან მოზარდები კრიმინალურ სუბკულტურებს და მოქმედებენ სუბკულტურის ნორმების შესაბამისად და როგორ შეიძლება მათი კრიმინალური სუბკულტურის წევრობა და საქციელი ფსიქონათროპოლოგიური საფუძვლებით იქნეს ახსნილი, განმარტებული.

* ნაშრომი შესრულებულია სტატიის ავტორის მიერ თსუ-ის ფსიქოლოგიისა და განათლების მეცნიერებათა ფაკულტეტის ფსიქოლოგიური ანთროპოლოგიის ინტერდისციპლინური სადოქტორო პროგრამის ფარგლებში.

¹ Dukheim, E., *Kriminalität als normales Phänomen*. In: Sack, F./König, R., (Hrsg.), *Kriminalsoziologie*. Frankfurt a. M. 1968. S. 3.

² კოდუა, ე., სოციოლოგია. ნაკვეთი 2. თბილისი 1998. გვ. 213.

³ ემბერი, ქ./ემბერი, მ./პერეგრინი, პ., ანთროპოლოგია. თბილისი 2009. გვ. 490.

⁴ კალჭუნი, ქ./ლაითი, დ./კელერი, ს., სოციოლოგია. ნაწილი I., თბილისი 2007. გვ. 49.

ნაშრომში პირველ რიგში ყურადღება გამახვილდება ჩიკაგოს სკოლის ჩამოყალიბების ისტორიულ-სოციალურ პირობებზე. აღწერილი იქნება ჩიკაგოს სკოლის წარმომადგენლების მიერ განხორციელებული სუბკულტურული კვლევები, ხოლო ბოლო თავში მოხდება აღწერილი კრიმინალური სუბკულტურის ფსიქოანთროპოლოგიური ასპექტებით განხილვა.

2. ჩიკაგოს სოცოლოგიური სკოლა

2.1. ჩიკაგოს სოცოლოგიური სკოლის ჩამოყალიბების წინაპირობები

ამერიკის შეერთებული შტატების ინდუსტრიალიზაცია 1850 წლიდან პირველი მსოფლიო ომამდე მიმდინარეობდა, რამაც ქვეყნის ეკონომიკური განვითარება გამოიწვია. ეკონომიკის განვითარების ძირითადი მიმართულებები იყო რკინიგზის მშენებლობა და მოთხოვნილებების ძირითადი პროდუქტების ინდუსტრია.

1929 წლის ოქტომბერში ნიუ-იორკის საფონდო ბირჟის დაცემით დაიწყო მსოფლიო ეკონომიკური კრიზისის პერიოდი (1929-1933), რომლის დროსაც ეროვნული შემოსავალი 50%-ით, ხოლო საერთო ინდუსტრიული შემოსავალი 40%-ით შემცირდა. შესაბამისად, 50%-ით იკლო დასაქმებულთა შემოსავალმა. 1933 წელს შრომისუნარიანი ამერიკელების 25% უმუშევარი იყო (12,5 მილიონი 50 მილიონიდან). მხოლოდ მეორე მსოფლიო ომის ინდუსტრიის შემდეგ დამთავრდა დიდი დეპრესიის პერიოდი.⁵

აშშ-ის ინდუსტრიული განვითარება პირდაპირ კავშირშია მის ურბანიზაციასთან. ჩიკაგოს მოსახლეობის რაოდენობა 1840 წლიდან 1920 წლის პერიოდში დაახლოებით 1000% გაიზარდა და 3 მილიონს მიაღწია. ჩიკაგო ამ პერიოდისთვის იქცა ინდუსტრიის ცენტრად და სარკინიგზო მიმოსვლის მთავარ ღერძად. გარდა შიდა მიგრაციისა, ამერიკული ქალაქების ზრდა ასევე გამოწვეული იყო ემიგრაციით, ძირითადად, აღმოსავლეთ და სამხრეთ ევროპიდან და აფრიკიდან.

⁵ Junker, D., *Weltwirtschaftskrise. New Deal, Zweiter Weltkrieg, 1929-1945*. In: Adams, Willy Paul u.a. Frankfurt a. M. 1992. S. 146-163.

1895-1924 წლებში აშშ-ში 19 მილიონი ემიგრანტი ჩავიდა. მარტო ჩიკაგოში 1910 წლის მონაცემებით ქალაქის მოსახლეობის ნახევარი ამერიკაში არ იყო დაბადებული. აშშ-ის და კონკრეტულად ჩიკაგოს შემთხვევაში ინდუსტრიალიზაციამ, ურბანიზაციამ და დემოგრაფიული სტრუქტურების ცვლილებებმა მნიშვნელოვანი სოციალური და ღირებულებითი პრობლემების წინაშე დააყენა ქვეყნის მოსახლეობა, ეს პრობლემები ყველაზე უფრო ინდუსტრიულ ქალაქებში გახდა შესამჩნევი, სადაც ახალი სოციალური ჯგუფები, დასახლებები და შესაბამისად, ბევრი სოციალური პრობლემა შეიქმნა.⁶ ჩიკაგოსთვის, როგორც ემიგრანტთა ქალაქისთვის, დამახასიათებელი იყო მკაცრი უბნობრივი გამიჯვნა სხვადასხვა ეროვნებების მიხედვით. შესაბამისად, იქმნებოდა გერმანელების, იტალიელების, სკანდინავიელების, რუსების, პოლონელების, ბერძნებისა და უნგრელების დასახლებული უბნები. ეთნიკური ჯგუფების დიდი ნაწილი, იტალიელებისა და პოლონელების გარდა, ასიმილირებულ იქნა ამერიკულ საოცადობაში.⁷

ემიგრანტების დიდი ნაწილი ძველი საკუთარი ტრადიციების შენარჩუნებასთან ერთად ცდილობდა თავი დაეღწია გეტოებში ცხოვრებისაგან და ინტეგრირებული ყოფილიყო ამერიკის საშუალო ფენასთან. ახალ ღარიბების დასახლებებში (slum) იქმნება ეთნიკური სუბკულტურები. ძველი და ახალი ღირებულებების ჭიდილთან ერთად, ამერიკაში ემიგრირებულ სამუშაოს მაძიებელთა კლასისმაგვარი საზოგადოება ყალიბდება. აღნიშნული საკითხი კარგად იქნა გაშუქებული Nels Anderson-ის კვლევაში *The Hobo*, რომელიც პირველად 1923 წელს გამოიცა.

მე-20 საუკუნის დასაწყისში ჩიკაგო ნოყიერ ნიადაგს ქმნიდა კორუფციისა და კრიმინალური საქმიანობისთვის, გასაკვირი არ არის, რომ სწორედ ჩიკაგოში მოღვაწეობდნენ ჩიკაგოს ბოროტი მერი „ბიგ“ ბილ თომპსონი (*Big' Bill Thompson*) და გავლენიანი მაფიოზი ალკაპონე. ამ უკანასკნელმა კარგად გამოიყენა 1920 წლის იანვარში

⁶ Schubert, H.-J., *The Chicago School of Sociology. Theorie, Empirie und Methode*. In: Klingemann, C. (Hrsg.), *Jahrbuch für Soziologiegeschichte Soziologisches Erbe: Georg Simmel – Max Weber – Soziologie und Religion – Chicagoer Schule der Soziologie*. Wiesbaden 2007. S. 136-137.

⁷ Keller, R., *Das Interpretative Paradigma. Eine Einführung*. Wiesbaden 2012. S. 23.

გამოცემული კანონი ალკოჰოლის აკრძალვის შესახებ და წლების განმავლობაში ალკოჰოლით არალეგალურად ამარაგებდა ჩიკაგოს გასართობ კლუბებს თუ რესტორნებს. ჩიკაგოს ინდუსტრიულმა აღმავლობამ ქალაქი კრიმინალების დედაქალაქად აქცია. კორუფცია და პოლიტიკური სკანდალები ხშირად ხდებოდა საზოგადოებრივი განხილვის საგანი.⁸ ალ კაპონე იყო იტალიიდან ემიგრირებული მრავალშვილიანი ოჯახის შვილი, რომელიც ამერიკაში დაიბადა. მამამისი დალაქად მუშაობდა, ხოლო დედა 9 შვილს უვლიდა. ალ კაპონეს სახელს უკავშირდება ბევრი სინამდვილე და ბევრი მითი. ერთი რამ ფაქტია, ჩიკაგოს ხელმძღვანელობის (პოლიციის მაღალჩინოსნების, პოლიტიკოსების) კორუმპირებულობამ და ალ კაპონეს სისასტიკემ შესაძლებელი გახადა, რომ იგი ისტორიაში შესულიყო, როგორც ყველა დროის ყველაზე გავლენიანი კრიმინალი. მისი ცხოვრება და კრიმინალური საქმიანობა „ამერიკული ოცნების“ განხორციელების გზაზე მისაბაძად იქცა ბევრი ემიგრანტი მოზარდისთვის.⁹

2.2. ჩიკაგოს სოციოლოგიური სკოლის კვლევები

როგორც აღინიშნა, ჩიკაგო გამორჩეული იყო ეთნიკურ-კულტურული ჯგუფებით, მათი ღირებულებებითა და ქცევის წესებით, რომლებიც განსხვავებული იყო ადგილობრივი მოსახლეობის წესჩვეულებებისგან და ბევრ პრობლემას უქმნიდა ქალაქის ხელმძღვანელობას. სწორედ ამის გამო 1929 წელს რობერტ პარკი ამბობდა, რომ ჩიკაგო იყო „ლაბორატორია“, რომელიც ადამიანებმა შექმნეს და რომელსაც ახლა ახალი ადამიანი უნდა შეექმნა.¹⁰

1892 წელს დაარსდა ჩიკაგოს უნივერსიტეტი, ხოლო 1895 წელს დაარსდა ამერიკელ სოციოლოგთა ასოციაცია. ამ დროისთვის ჩიკაგოში მოღვაწეობენ სოციოლოგები ვილიამ თომასი (William I. Thomas) და რობერტ პარკი (Robert E. Park), მოვიანებით მათი მოსწავლე ევერეტ ჰაგესი (Everett C. Hughes).¹¹

⁸ Keller, R., Das interpretative Paradigma. Eine Einführung. Wiesbaden 2012. S. 23.

⁹ Jost, E., Sozialgeschichte des Jazz. Erweiterte Neuauflage. Frankfurt a. M. 2003. S. 56.

¹⁰ Keller, R., Das Interpretative Paradigma. Eine Einführung. Wiesbaden 2012. S. 26-27.

¹¹ Keller, R., Das Interpretative Paradigma. Eine Einführung. Wiesbaden 2012. S. 29.

რობერტ პარკი, რომელიც რეპორტიორად და რედაქტორად მუშაობდა, დიდ როლს თამაშობს ჩიკაგოს სკოლის კვლევის მეთოდოლოგიის ჩამოყალიბებაში. 1915 წელს პარკი აქვეყნებს ემპირიული კვლევის პროგრამას ქალაქის სოციოლოგიის შესახებ: „The City: Suggestions for the Investigation of Human Behavior in the City Environment“. აღნიშნული ნაშრომი ათი წლის შემდეგ კიდევ ერთხელ ქვეყნდება. ამ წიგნში არის ასევე ბურგასის მიერ ჩამოყალიბებული ქალაქის ზონებად დაყოფის კონცეფცია. პარკი დიდ როლს ანიჭებდა დაკვირვების მეთოდს, რომელიც ეთნოლოგებისგან იქნა აღებული. როგორც ეთნოლოგები იკვლევენ უცხო კულტურას, ისე უნდა მომხდარიყო „ქალაქის ჯუნგლების“ კვლევა, როგორც ამას პარკი უწოდებდა. პარკისთვის დაკვირვების მეთოდის გამოყენებით უნდა მომხდარიყო უცხო კულტურების გამოკვლევა. რობერტ პარკმა სოციოლოგიური კვლევის ერთგვარი ღირსების კოდექსი შექმნა. ამ ეთიკის კოდექსის თანახმად, მხოლოდ ისეთი კვლევა შეიძლება ყოფილიყო ვალიდური, რომელიც საკუთარ დაკვირვებას ეყრდნობოდა. პარკის ამ პრინციპს მისდევდნენ მისი მოწაფეები და მისი „შვილიშვილი“ ბეკერი (Becker).¹²

ჩიკაგოს სკოლის კლასიკურ კვლევებად მიჩნეულია: რობერტ პარკის და ერნესტ ბურგასის (Park und Burgess) „The City“ (1925) – ქალაქის სოციოლოგიის შესახებ; ნელს ანდერსონის (Nels Anderson) The Hobo (1923) - ემიგრანტი მუშახელის ცხოვრებისა და კულტურის შესახებ; ფრიდრიხ ტრეშერის (Frederic Thrasher) The Gang (1927) – ჩიკაგოში მოზარდთა ჯგუფების შესახებ; ლუის ვირტის (Louis Wirth) The Ghetto (1928) – ებრაული კულტურული საზოგადოების შესახებ; პაულ კრესეის (Paul Cressey) The Taxi-Dance Hall (1929) - მულტიკულტურული ინტერაქცია საცეკვაო კლუბებში პროფესიონალი მოცეკვავეებით; კლიფორდ შოუს (Clifford Shaw) The Jack Roller (1930) –

ჩიკაგოს სკოლის ყველაზე ცნობილი წარმომადგენლები იყვნენ: George H. Mead, William I. Thomas, Ernest W. Burgess, Robert E. Park, Herbert Blumer, Ellsworth Faris, Albion Small, Jane Addams, Edith Abbott, Marion Talbot, Howard S. Becker, Erving Goffmann.

¹² Danko, D., Zur Aktualität von Howard S. Becker. Einleitung in sein Werk. Wiesbaden 2015. S. 12-19.

სლამიდან ერთი მოზარდის ბიოგრაფია და ჰერვეი ზორბაგის (Harvey Zorbaugh) *The Gold Coast and the Slum* (1929) – სოციალური მსოფმხედველობა და გარემო (milieu) ჩიკაგოს ჩრდილოეთით.¹³

2.2.1. აფროამერიკული გეტოების კვლევა

ამერიკის შეერთებულ შტატებში და, განსაკუთრებით, დიდ ქალაქებში, მათ შორის ჩიკაგოში, დიდი იყო აფროამერიკელების ემიგრაცია. აფროამერიკელებისადმი რასისტული დამოკიდებულებების გარდა, ყველაზე დიდ პრობლემას წარმოადგენდა მათი საზოგადოებისაგან გარიყვა, რაც აფროამერიკული დიდი გეტოების ჩამოყალიბებას უწყობდა ხელს. ჩიკაგოს სოციოლოგიური სკოლის მიერ დეტალურად იქნა აღწერილი ასეთ სლამებში არსებული მდგომარეობა. კვლევა ჩაატარა დრეკემ და კეიტონმა (Drake/Cayton) გასული საუკუნის 20-იან-30-იან წლებში, რომელიც 1945 წელს გამოქვეყნდა: „შავი მეტროპოლი. კვლევა შავკანიანი ცხოვრების შესახებ ნორტჰვენ სიტიში“ - „Black Metropolis. A Study of Negro Life in a Northern City“. მკვლევარები აღნიშნავენ, რომ მკვეთრად განსხვავებულია სოციალური, პროფესიული და, განსაკუთრებით, ნორმები და ღირებულებები „შავ გეტოებში“ მცხოვრებსა და თეთრკანიან მოსახლეობას შორის. თეთრკანიანებისთვის „შავი გეტოები“ ნომერ პირველ სოციალურ პრობლემას წარმოადგენდა. სულ მალე პრობლემად იქცა არა მხოლოდ შავკანიანთა ამერიკულ საზოგადოებაში ინტეგრაცია, არამედ მათ მიერ ჩამოყალიბებული კრიმინალური ბანდები, რომლებიც ინტეგრაციის პრობლემით გამოწვეული ფრუსტრაციის გამო, ძალადობით და დაუნდობლობით გამოირჩეოდნენ.

¹³ Schubert, H.-J., *The Chicago School of Sociology. Theorie, Empirie und Methode*. In: Klingemann, C. (Hrsg.), *Jahrbuch für Soziologiegeschichte Soziologisches Erbe: Georg Simmel – Max Weber – Soziologie und Religion – Chicagoer Schule der Soziologie*. Wiesbaden 2007. S. 150.

2.2.2. ქალაქის ზონებად დაყოფა

ერნესტ ბურგასმა (Burgess) ქალაქ ჩიკაგოს სოციალურ-სტრუქტურული განვითარება კარტოგრაფიულად დაამუშავა და ქალაქი ზონებად დაყო.¹⁴ ამ თეორიას კრიმინოლოგიურ ლიტერატურაში ეკოლოგიურ ანუ სოციალური დეზორგანიზაციის თეორიასაც უწოდებენ.¹⁵ ჩიკაგოში სოციალური პრობლემების შესწავლა ხშირად იწვევდა ტერმინ - „ეკოლოგიის“ ხმარებას. „ეკოლოგია“ წარმოადგენს ბიოლოგიურ მეტაფორას, რომელიც მიუთითებს ბუნებრივი დალაგების მნიშვნელოვნებაზე, ჯიშების ერთიმეორისგან გამიჯვნის გზით, რომელიმე კონკრეტულ სამყაროში. ამ კონკრეტულ შემთხვევაში სამყაროს წარმოადგენდა ქალაქი ჩიკაგო და „ეკოლოგიის“ მიზანი იყო დაკვირვებოდა, თუ როგორ ვითარდებოდა და იზრდებოდა ქალაქი. ჩიკაგოს სკოლის შესწავლის საგანი იყო ქალაქის არქიტექტურული განვითარება და დანაშაულობა.¹⁶

ეს თეორია დაფუძნებულია სამ კვლევაზე: 1925 წელს ბურგასის კვლევა, რომლის ფარგლებშიც შესწავლილ იქნა კანზასის ერთ-ერთი ქალაქის რაიონებში 5-16 წლამდე ბავშვების მიერ დანაშაულის ჩადენის გადანაწილება, ქალაქის რომელ რაიონში, უბანში ხდებოდა დანაშაული და რატომ? მეორე კვლევა ჩაატარა შოუმ (Shaw) 1929 წელს. ამ კვლევის ფარგლებში შესწავლილ იქნა ჩიკაგოში მცხოვრები 60 000 ბიჭი მოზარდის პოლიციაში, სასამართლოში, სკოლის გაცდენისა და დანაშაულის ჩადენის შესახებ არსებული ჩანაწერები. დადგენილ იქნა ადგილები, სადაც რეგისტრირებული მოზარდების დიდი ნაწილი დანაშაულს ჩადიოდა, ე.წ. დანაშაულის ჩადენის არეალი – delinquency areas.

მესამე კვლევა კი ეკუთვნის შოუს და მის ასისტენტს მაქკეის

¹⁴ Schubert, H-J., The Chicago School of Sociology. Theorie, Empirie und Methode. In: Klingemann, C. (Hrsg.), Jahrbuch für Soziologiegeschichte Soziologisches Erbe: Georg Simmel Max Weber – Soziologie und Religion – Chicagoer Schule der Soziologie. Wiesbaden 2007. S. 140.

¹⁵ Schwind, H-D., Kriminologie. Eine praxisorientierte Einführung mit Beispielen. 18. Auflage Heidelberg 2008. S. 139.

¹⁶ Schwind, H-D., Kriminologie. Eine praxisorientierte Einführung mit Beispielen. 18. Auflage Heidelberg 2008. S. 139.

(McKay). ამ კვლევის ფარგლებში მოხდა (ჩიკაგის კვლევის მსგავსად) ფილადელფიაში, ბოსტონში, სინსინეტიში, ქლეველენდში და რიჩმონდში 16-18 წლის მოზარდების მიერ დანაშაულის ჩადენის ფაქტების გამოკვლევა და ანალიზი. მკვლევრების მიერ გამოკვლეულ იქნენ ქალაქის ის უბნები, სადაც სხვა უბნებთან შედარებით მაღალი იყო დანაშაულის ჩადენა.¹⁷ შოუს ასისტენტის, მაქკეის მიერ 1969 წელს გამოქვეყნდა ამ კვლევის მეორე გამოცემა. ასე რომ ეს კვლევა მთლიანობაში რამდენიმე ათეული წელი გრძელდებოდა.¹⁸

ჩიკაგოს სკოლის გამოკვლევების მთავარ ნაწილს წარმოადგენდა ქალაქის ზონებრივი ჰიპოთეზა, რომელიც მოიცავდა იდეას, რომ ქალაქი ვითარდება კონკრეტული წრეების მეშვეობით, რომელთაგანაც თითოეული წარმოადგენს სოციალური და კულტურული ცხოვრების ზონას. ამ ზონების ხასიათი ძირითადად გამოწვეულია მისი მაცხოვრებლების ხასიათით. ბურგესმა (1925 წელს) და მოგვიანებით შოუმ (1929 წელს და შოუმ და მაქკეიმ (Shaw/McKay) (1942 წელს) შექმნეს დანაშაულის ჩადენის - ქალაქის სოციალური რუქა.¹⁹ მათ დაასკვნეს, რომ ქალაქი იზრდებოდა საზოგადოების კონკრეტული წრეების მეშვეობით. მათი აზრით, ცენტრი ამ წრეებისა არის ბიზნეს წრე (პირველი ზონა), ანუ ის ადგილი, სადაც ცხოვრობს შედარებით ნაკლები ხალხი, თუმცა საკუთრების ფასი მაღალია. მეორე ზონაში ცხოვრობს ის დროებითი მოსახლეობა, რომლებიც ღარიბები არიან და ცუდ პირობებში ცხოვრობენ. ამ ზონის გარდა, არის კიდევ სამი საცხოვრებელი ზონა, რომლებიც განასახიერებს პოპულაციის განვითარებას. ანუ მეორე ზონიდან მესამეში გადადის შედარებით ფეხზე მყარად მდგარი ნაწილი ღარიბი საზოგადოებისა ანუ მუშახელი. მესამედან მეოთხეში - საშუალო შეძლების ადამიანები, ხოლო მეოთხედან მეხუთეში კი - უკვე შედარებით მდიდარი ადამიანები, და ეს წარმოადგენდა ქალაქის გარე უბნებს, სადაც მდიდრები სახლობდნენ.

¹⁷ Schwind, H-D., Kriminologie. Eine praxisorientierte Einführung mit Beispielen. 18. Auflage Heidelberg 2008. S. 139-140.

¹⁸ Kaufmann, H., Kriminologie. Entstehungszusammenhänge des Verbrechens. Stuttgart 1971. S. 234.

¹⁹ Schwind, H-D., Kriminologie. Eine praxisorientierte Einführung mit Beispielen. 18. Auflage Heidelberg 2008. S. 141.; Eifler, S., Kriminalsoziologie. Bielefeld 2002. S. 21.

მეორე ზონა წარმოადგენდა სოციალური პრობლემების კერას: იქ იყო დანაშაული, პროსტიტუცია, ამორალური ცხოვრება, ცუდი ჯანმრთელობის პრობლემები და სიღარიბე. აქ ყალიბდებოდა ახალი გარემო (მილიეუ) და პატარა სოციალური სამყაროები საკუთარი ნორმებით და ფასეულობებით, რომელიც საშუალო ფენისთვის უცხო იყო.²⁰ ჩიკაგოს სკოლის მკვლევრების აზრით, ასეთი პრობლემები იწვევდა ამ საზოგადოების არაორგანიზებულობას და კანონისადმი უპატივცემულობას (მათ შორის დანაშაულს). მათ დაადგინეს, რომ ქალაქის გარკვეულ ნაწილებში (მეორე ზონაში) კრიმინალის მაღალ ოდენობას ასევე იწვევდა: უცხო, აფრიკული წარმოშობის ოჯახების დიდი პროცენტული მაჩვენებელი; უმუშევრობა და საკუთრების ქონის დაბალი პროცენტული მაჩვენებელი. გარდა ამისა, ამ ზონაში არ არსებობდა ნორმები, რომლებიც ყველასთვის მისაღები იქნებოდა და მაცხოვრებელთა ურთიერთობებს დაარეგულირებდა.²¹ ემიგრანტი მოსახლეობის მიერ აშშ-ში ჩამოტანილი უნარ-ჩვევები და განათლების მიღების პრობლემები (ენის არცოდნა) აფერხებდა მათ ინტეგრაციას.²²

დანაშაულის რაოდენობა პირველიდან მეხუთე ზონას შორის კლებულობდა. ქალაქის ცენტრთან არსებულ ზონაში ყველაზე მაღალი იყო დანაშაულის ჩადენის მაჩვენებელი, ამ ზონებში ცუდი იყო სოციალური ინფრასტრუქტურა და სოციალური კონტროლი. დამნაშავეთა შორის მაღალი იყო ემიგრანტთა მიერ დანაშაულის ჩადენის ფაქტები.²³ როდესაც ემიგრანტი ოჯახი გადადიოდა სხვა რაიონში, ბავშვები წყვეტდნენ დანაშაულის ჩადენას. ამ რაიონში კი ახალ ადგილებზე მოდიოდნენ ახალი ემიგრანტი ან ადგილობრივი ოჯახები,

²⁰ Schubert, H-J., The Chicago School of Sociology. Theorie, Empirie und Methode. In: Klingemann, C. (Hrsg.), Jahrbuch für Soziologiegeschichte Soziologisches Erbe: Georg Simmel – Max Weber – Soziologie und Religion – Chicagoer Schule der Soziologie. Wiesbaden 2007. S. 140.

²¹ Eifler, S., Kriminalsoziologie. Bielefeld 2002. S. 21.

²² Kaufmann, H., Kriminologie. Entstehungszusammenhänge des Verbrechens. Stuttgart 1971. S. 235.

²³ Schwind, H-D., Kriminologie. Eine praxisorientierte Einführung mit Beispielen. 18. Auflage Heidelberg 2008. S. 141.

რომელთა ბავშვები იწყებდნენ დანაშაულის ჩადენას.²⁴ ამ რაიონში დანაშაულის ჩადენის ძირითადი პრობლემა იყო მოშლილი სოციალური სტრუქტურები და სუსტი ან არარსებული სოციალური კონტროლი.

3. ჩიკაგოს სკოლის სუბკულტურის კვლევა

3.1. სუბკულტურის ცნება

ადამიანების საქციელის მრავალფეროვნება განპირობებულია მათი ნორმებისა და ღირებულებებისადმი ორიენტირებით. ადამიანთა უმრავლესობა ხელმძღვანელობს საზოგადოების მიერ აღიარებული ნორმებით, რომელთაც ხშირად დიდი ხნის ტრადიცია გააჩნია და რომელთა შესრულებაც სავალდებულოა.

სუბკულტურის უკეთ გაგებისათვის, პირველ რიგში, საჭიროა გავარკვიოთ კულტურის დეფინიცია.

„კულტურა (ლათ. *cultura* – დამუშავება, მოვლა, განათლება, განვითარება) [არის] ადამიანის და საზოგადოების მოქმედების ფორმათა ერთობლიობა, რომელიც ვლინდება ადამიანის მოღვაწეობის სხვადასხვა სფეროში და გამოხატავს ადამიანის სოციალიზაციისა და საზოგადოების ჰუმანიზაციის დონეს. განსაზღვრულ ეპოქაში ხალხის, ერის, საზოგადოების მიღწევათა ერთობლიობა შეადგენს მათ კულტურას.“²⁵

კულტურის ცნების განსაზღვრებაში არ არსებობს ერთსულოვნება. თუმცა შეიძლება გამოიყოს სამი ელემენტი: 1. კულტურის სოციალური ტრადიცია, მემკვიდრეობა, რაც გადაეცემა თაობებს; 2. კულტურა არ არის ადამიანის გენეტიკური ბუნების გამოვლინება, იგი არის ის, რასაც ადამიანები სწავლობენ. ის სოციალიზაციის პროცესში შექმნილი ნორმების ერთობლიობაა; 3. კულტურა არის საყოველთაოდ მიღებული, საზოგადოებისათვის საერთო ნორმებისა და

²⁴ Kaufmann, H., *Kriminologie. Entstehungszusammenhänge des Verbrechens*. Stuttgart 1971. S. 234.

²⁵ ქართული საბჭოთა ენციკლოპედია. ტომი 6. თბილისი 1983. გვ. 67.

ღირებულებების სისტემა.²⁶

საზოგადოების კულტურა შექმნილია მრავალი თაობის მიერ. კულტურა დიდ გავლენას ახდენს ადამიანის სოციალურ პიროვნებად ჩამოყალიბებაში, რომელთაგან გათავისუფლება თითქმის შეუძლებელია. ქართული კულტურის ჩამოყალიბებისათვის მნიშვნელოვანი როლი ითამაშა ინტენსიურმა დაკვირვებამ და თანამშრომლობამ სხვა კულტურის ადამიანთა ჯგუფებთან. კულტურის ცნება ქმნის ერთობლიობას, რომელშიც გაერთიანებულია საერთო ღირებულებები, იდეები, მორალური ნარმოსახვეები, ისევე როგორც რელიგიური მიმდინარეობები, რომლებიც თაობიდან თაობას გადაეცემა. კულტურის აღმოცენა შესაძლებელია აგრეთვე ერის გამოვლინებაში, რომელშიც იგულისხმება მუსიკა, პოეზია, არქიტექტურა და სხვა.²⁷

სუბკულტურის ცნების ჩამოყალიბებისას ძირითადი აქცენტი მიმართულია კულტურასა და სუბკულტურას შორის იერარქიულ დამოკიდებულებაზე (sub = ლათ.: ქვევით). sub (სუბ) თავისთავად მიუთითებს, რომ ადგილი აქვს სუბკულტურასა და კულტურას შორის ჰეგემონიურ დამოკიდებულებას.

არნოლდის მიხედვით, სუბკულტურა არის კულტურის ერთი ნაწილი. სუბკულტურა არის ადამიანთა ჯგუფის ან ერთი რომელიმე სოციალური კატეგორიის ქცევის მოდელი, რომელიც ხორციელდება მთლიანი კულტურის (ფარგლებში) შიგნით და საკუთარი თავისებურებანი გააჩნია, რომელთა მეშვეობითაც ისინი განსხვავდებიან გაბატონებული კულტურისა ან სხვა სუბკულტურებისაგან.²⁸

შვენდტერის მიხედვით, სუბკულტურა არის კონკრეტული საზოგადოების ნაწილი, რომელიც თავისი ინსტიტუტებით, ადათებით, ნორმებით, ღირებულებათა ორიენტირებულობით და მოთხოვნილებებით მნიშვნელოვნად განსხვავდება გაბატონებული საერთო საზოგადოების ინსტიტუტებისა და ღირებულებებისაგან.²⁹

²⁶ კოდუა, ე. და სხვ. (სარედ. ჯგუფი), სოციალურ და პოლიტიკურ ტერმინთა ლექსიკონი - ცნობარი. თბილისი 2004. გვ. 145.

²⁷ Bierbrauer, G., Interkulturelles Verhandeln. In F. Haft & K. von Schlieffen (Hg.), Handbuch Mediation. München 2002, S. 268-269.

²⁸ Arnold, D. O., The sociologie of subculture. Berkeley/Cal 1970.

²⁹ Schwendter, R., Theorie der Subkultur. 4. Auflage. Hamburg 1993. S. 11.

საზოგადოების სოციალურ კონტექსტს ანიჭებენ უპირატესობას სუბკულტურის დეფინიციის ჩამოყალიბებისას ამერიკელი სოციოლოგები ქოენი და შორტი. მათი აზრით, სუბკულტურა არის ღირებულებების და რწმენის ერთიანი სისტემა, რომელიც იმ ბავშვებს შორის კომუნიკაციის პროცესში წარმოიშობა, რომელთაც ერთნაირი მდგომარეობა უკავიათ სოციალურ სტრუქტურაში.³⁰

ქლერკი სუბკულტურას განიხილავს საზოგადოების კლასებთან კავშირში. მისთვის სუბკულტურები, როგორც სუბ-სისტემა, კლასების კულტურის მანიშნებელია, როგორც პატარა, ლოკალური და დიფერენცირებული სტრუქტურა სამოქალაქო და მუშათა კლასების შემადგენლობაში.³¹ მაგ., მე-20 საუკუნის დასაწყისის ბოჭმათა სუბკულტურას საშუალო ინტელიგენციის კლასს მიაწერს, ხოლო ფეხბურთის ხულიგნებს (Hooligans) მუშათა კლასს.

სოციალურ და პოლიტიკურ ტერმინთა ლექსიკონში სუბკულტურის შესახებ შემდეგი სახის განმარტებას ვხვდებით: „სოციალური ნორმებისა და ღირებულებების, ქცევის მოდულების სისტემა, რომელიც განსაზღვრული სოციალური ჯგუფისთვისაა დამახასიათებელი და გამოარჩევს მას საზოგადოებაში გაბატონებული კულტურისაგან (ანუ, საზოგადოების უმრავლესობის კულტურისაგან). არ არის აუცილებელი, სუბკულტურა ეწინააღმდეგებოდეს გაბატონებულ კულტურას, არამედ შეიძლება იყოს მისი რელევანტური. თუმცა, ამასთან დაკავშირებით თავს იჩენს პრობლემა, ვინაიდან თანამედროვე საზოგადოებებში კულტურული ფრაგმენტაციის მაღალი ხარისხი აძნელებს გაბატონებული კულტურის გამოყოფას. სუბკულტურებში ჩართულობის მოტივაცია ზოგიერთისათვის შეიძლება იყოს კომპენსაცია იმ წარუმატებლობისა და წყენისა, რაც მათ საზოგადოების უმრავლესობის მხრიდან შეხვდათ. სუბკულტურა შეიძლება შეიქმნას სხვადასხვა სოციალური მახასიათებლის საფუძველზე, როგორიცაა ეთნიკურობა, კლასობრივი და რელიგიური კუთვნილება, სექსუალური ორიენტაცია, უბრალოდ, ცხოვრების ახალი სტილი (ისეთი,

³⁰ Cohen, A. K. & Short, J. F., Zur Erforschung delinquenter Subkulturen. In: F. Sack & R. König (Hrsg.), Kriminalsoziologie. Frankfurt a. M. 1968.

³¹ Clarke, J., Jugendkultur als Widerstand. Milieus, Rituale, Provokationen. Frankfurt a. M. 1979. S. 45.

რომელიც დაამკვიდრეს, მაგ., პანკებმა) და სხვა.⁴³²

დასკვნის სახით შეიძლება ზოგადად სუბკულტურა ეწოდოს ადამიანთა ჯგუფს, რომლებიც გაბატონებული კულტურის ღირებულებებს თუმცა იზიარებენ, მაგრამ, ამავედროულად, აყალიბებენ (ქმნიან) კონკრეტული ქცევის და ღირებულებების სისტემას, რომელიც იმავე გაბატონებული კულტურის ღირებულებებისაგან მნიშვნელოვნად განსხვავდება.

სუბკულტურის დეფინიციასთან მიმართებაში საინტერესოა მოსაზრება იმის თაობაზე, რომ სუბკულტურის დეფინირება მხოლოდ კონკრეტულ ფენომენტთან (ფენომენტთან) კავშირის შემთხვევაშია შესაძლებელი.

ლიტერატურაში გამოყოფენ სამი სახის სუბკულტურას:³³

1. არაკრიმინალური სუბკულტურა. იგულისხმება ჯგუფები, რომლებიც გაბატონებულ კულტურას ეკუთვნიან, მაგრამ საკუთარი ნორმატიული სისტემა გააჩნიათ და გაბატონებული კულტურისაგან ან მათი სოციალური მდგომარეობით, ან იმით განსხვავდებიან, რომ ისინი გაბატონებული კულტურის ზოგიერთ ასპექტს უარყოფენ. ასეთი სახის სუბკულტურებს კონფლიქტი არ გააჩნიათ გაბატონებულ კულტურასთან და ლეგიტიმურ საშუალებებს იყენებენ მიზნის მისაღწევად.

2. კონტრა სუბკულტურა. დანაშაულებრივი სუბკულტურა, რომელიც თავისი ნორმების და ღირებულებების სისტემით საგრძნობლად განსხვავდება გაბატონებული კულტურისაგან, მაგრამ არ ცდილობს გაბატონებული კულტურის შეცვლას.

3. სანინალმდეგო სუბკულტურა, რომელსაც ასევე საკუთარი ნორმები გააჩნია, რომლებიც გაბატონებული კულტურის ოპოზიციურობიდან გამოიკვეთა და სურს შეცვალოს გაბატონებული კულტურა.

³² კოდუა, ე. და სხვ. (სარედ. ჯგუფი), სოციალურ და პოლიტიკურ ტერმინთა ლექსიკონი - ცნობარი. თბილისი 2004. გვ. 295.

³³ Opp, K-D., Abweichendes Verhalten und Gesellschaftsstruktur. Darmstadt 1974. S. 119.

3.2. ჩიკაგოს სკოლის კრიმინალური სუბკულტურის კვლევები

მოცემული სასემინარო ნაშრომის ფარგლებში, როგორც სემინარის სათაურშია აღნიშნული, მოხდა ძალადობასთან დაკავშირებული ჩიკაგოს სკოლის კვლევების განხილვა. კრიმინალური სუბკულტურა თავისთავად გულისხმობს ორი სახის ძალადობას. პირველი: კრიმინალური სუბკულტურა, როგორც დამნაშავეთა გაერთიანება, სჩადის დანაშაულებს და, მათ შორის, ძალადობრივს, ხშირია ასევე კრიმინალურ ჯგუფებს შორის ძალადობრივი ხასიათის დაპირისპირებები; და მეორე: კრიმინალური სუბკულტურა თავის თავში მოიაზრებს წევრებს შორის იერარქიულ მდგომარეობას, რაც გულისხმობს, რომ ხდება დაბალ იერარქიულ საფეხურზე მყოფ წევრებზე ფიზიკური და ფსიქოლოგიური ძალადობა. გარდა ამისა, სუბკულტურული ნორმების დარღვევისთვის ხშირია ძალადობრივი ხასიათის სადამსჯელო სანქციები (ცემა, ჯამრთელობის დაზიანება, მკვლელობა). შესაბამისად, სუბკულტურული კვლევები პირდაპირ კავშირშია ძალადობასთან.

3.2.1. ტრეშერის (Thrasher) კვლევები სუბკულტურის შესახებ

ტრეშერი ითვლება რობერტ პარკის მოსწავლედ და კოლეგად.³⁴ ტრეშერი 1919-1926 წლებში იკვლევდა მოზარდთა ბანდებს და მან გაანალიზა მოზარდთა 1 313 ბანდა. იმის მიუხედავად, რომ მისი კვლევა დესკრიპტიული/აღწერილობითი ხასიათისაა და ბევრია კვლევის მეთოდოლოგიური პრობლემა, მისმა ნაშრომმა მაინც დიდი როლი ითამაშა მომდევნო კვლევების ნახალისების კუთხით. ტრეშერი თვლის, რომ ბანდები არიან „შუალედური ჯგუფები“, ალტერნატიული გადაწყვეტა დაბალი კლასის მოზარდებისათვის საზოგადოებრივი მოთხოვნილებების დასაკმაყოფილებლად. ეს არის ბუნებრივი და სპონტანური რეაქცია იმ უამრავ ფრუსტრაციაზე, რომელიც ბანდის წევრებმა განიცადეს ოჯახური დეზორგანიზაციის, პოლიტიკური კორუფციის, დაბალი ხელფასების, ცუდი სამუშაო პირობების, მაღალი უმუშევრობისა და გეტოებში არასახარბიელო საცხოვრებელი პირო-

³⁴ Lamnek, S., *Theorien abweichenden Verhaltens I: Klassische Ansätze*. 9. Auflage. Paderborn 2013. S. 150-153.

ბების გამო. ბანდების წევრების დიდი ნაწილი ემგრანტია ან შავკანიანი. ბანდა ხშირ შემთხვევაში მათი სტატუსის მიღების ერთადერთი საშუალებაა. ბანდების წარმოქმნის ერთ-ერთი მიზეზი არის სოციალური კონტროლის ნაკლებობა ან სისუსტე.

ტრეშერის აზრით, ბანდა წარმოიქმნა სხვადასხვა სოციალური ფაქტორების შედეგად, რომელსაც შემდეგი ერთნაირი ნიშანი გააჩნია:³⁵

ა) სპონტანურად და დაუგეგმავად შექმნა;

ბ) წევრების მიერ ერთმანეთის სტიმულირება სხვადასხვა აქტივობების (უსაქმოდ დგომა, თამაში) დროს;

გ) აქტივობებზე და კონფლიქტებზე ხაზგასმა. ბანდები წარმოიქმნება საზოგადოებაში ინტეგრაციის პრობლემის გამო. ბანდის წევრებს კონფლიქტი აქვთ როგორც სხვა ბანდებთან, ასევე გარე სამყაროსთან;

დ) ერთიანი ნორმების, ღირებულებების, ტრადიციების, ჯგუფური ცნობიერების შექმნა;

ე) დაუგეგმავი ორგანიზაციულობა. ბანდაში როლები და სტატუსის სისტემა არ არის ნორმებით დადგენილი. წესრიგი ბუნებრივი და შეზრდილია და არა შექმნილი;

ვ) განსაზღვრულ ტერიტორიაზე მიბმული. ბანდის ტორიტორია სხვა ბანდებისგან არის დაცული;

ზ) ბანდები ვითარდება დინამიურად, ისინი გადიან ევოლუციის პროცესს და ნაკლებად ორგანიზებულ ჯგუფებს ან კრიმინალურ გაერთიანებებს წარმოადგენენ.

ტრეშერი ასევე აყალიბებს ბანდების ტიპოლოგიას. მისი აზრით, არსებობს:

ა) არაერთგვაროვანი ბანდები, რომელთა ნიშანია მოკლევადიანი სოლიდარობა. ჯგუფის სტრუქტურა არის მარტივი. ჯგუფის ხელმძღვანელების მიმართ წევრების ვალდებულებები სუსტია;

ბ) კონსოლიდირებული, მყარი ბანდები, რომელთა სიმყარე არის შედეგი გრძელვადიანი და ინტენსიური კონფლიქტებისა სხვა ბანდებთან. ჯგუფის შეკრულობა არის მყარი;

³⁵ იქვე.

გ) კონვენციონალური ტიპი, რომელიც სოციალური მუშაკის, სახელმწიფო წარმომადგენლის ინიციატივებით მოქმედებენ. ეს ჯგუფი ნაკლებად გამოირჩევა კრიმინალური საქმიანობით. მათ უკანონო საქმიანობას წარმოადგენს კონტროლისაგან თავის დაღწევა და დესტრუქციულობა და ამორალურობა;

დ) კრიმინალური ტიპი. ამ ბანდის ასაკოვანმა წევრებმა ვერ შეძლეს საზოგადოებაში ინტეგრაცია.

ტრეშერი ბანდებს ასევე ჰყოფს წევრების ასაკის მიხედვით. ბანდების ერთი ნაწილისთვის ასაკობრივი ზღვარი დადგენილი არ არის. ხშირად ბანდის ასაკოვანი წევრების მიერ ბავშვები კარგად გამოიყენება უკანონო საქმიანობისათვის. ამის მიუხედავად, ტრეშერი გვთავაზობს სამ ასაკობრივ ბანდას:³⁶

ა) ბავშვების ბანდა, რომელიც არაორგანიზებულია და ერთ სამეზობელოში მცხოვრები ბავშვების ჯგუფურ კავშირს წარმოადგენს;

ბ) მოზარდთა ბანდა. ასეთი ჯგუფები უკეთესად არიან ორგანიზებული ვიდრე ბავშვების ბანდები, ორიენტირებული არიან კონკრეტულ ადგილმდებარეობაზე, არიან ზედამხედველობიდან გასული და ნახევრად კრიმინალები (ქურდობა, ვანდალიზმი). ხშირად ამ ბანდების წევრები მოგვიანებით ხდებიან პროფესიონალი დამნაშავეები;

გ) ზრდასრულთა ბანდები. ამ ტიპის ასაკობრივ ჯგუფებს გააჩნიათ კონკრეტული შეხვედრის ადგილი (ბარი, კლუბი). ასეთი ბანდები არის დანაშაულებრივი ტიპის, აქტივობა მრავალფეროვანი და მათთვის კონფლიქტი შედარებით უმნიშვნელო როლს თამაშობს. კონფლიქტური სიტუაციების გამოცდილება ქმნის ჯგუფის ინდენტობას, ერთობას, სიმბოლოებს და წევრებს შორის დამოკიდებულებებს.

კრიმინალურ დაჯგუფებებში არსებობს ნორმები და როლები გადანაწილება. მოზარდს აქვს შესაძლებლობა ჯგუფში სტატუსი მოიპოვოს. მოზარდს ურჩევნია უსტატუსოდ იყოს ბანდაში, ვიდრე იყოს მის გარეთ. ბანდებში სოციალური კონტროლი არის მყარი. ჯგუფის ნორმების დარღვევისთვის სანქციები შეიძლება იყოს დაცინვა, ფულადი ჯარიმა, ცემა, ოჯახის წევრების დაშინება და ლიკვიდაციაც კი.

³⁶ იქვე.

საინტერესოა ასევე ბანდების სიდიდე. იმ ბანდების ორი მესამედი, რომელიც ტრეშერმა გამოიკვლია, შედგებოდა ოცი ან ნაკლები წევრისგან. მნიშვნელობა ენიჭებოდა პირად ნაცნობობას და ურთიერთობას (face-to-face contact). ბანდის ძირითადი წევრების გარდა არიან მოზარდები, რომლებიც ბანდის მიმართ სიპათიით არიან განწყობილი და მათ ეხმარებიან. ბანდის წევრების რაოდენობა 20 წევრს თუ გადააჭარბებს, ხდება ბანდის გაყოფა ან ორგანიზაციის სტრუქტურული ცვლილება.

შიდა ერთობის მიუხედავად, ბანდები იზოლირებულები არ არიან სხვა მსგავსი ჯგუფებისგან. პირიქით, ბანდები ხშირად თანამშრომლობენ ერთმანეთთან და ქმნიან კრიმინალურ სინდიკატებს.

მოზარდთა და ზრდასრულთა კრიმინალურ ბანდებს შორის არ არსებობს მკვეთრი განსხვავება. ხშირია მოზარდთა ბანდიდან ზრდასრულებში რეკრუტირების შემთხვევები. ბანდის წევრების კრიმინალური კარიერა ხშირად იმაზე ადრე იწყება, ვიდრე ისინი პირველად იქნებიან მართლმსაჯულების წინაშე წარდგენილნი. ასაკის მატებასთან ერთად მძიმეები დანაშაულებრივი ქმედებები.

დასკვნის სახით უნდა ითქვას, რომ ტრეშერი კრიმინალური სუბკულტურების შექმნისას საუბრობს შუალედურ გამოსავალზე, რომელსაც მოზარდი საზოგადოებაში ინტეგრაციის პრობლემის გამო მიმართავს. სუბკულტურული ურთიერთობი მოზარდებისთვის არის საზოგადოებრივი პრობლემებისაგან თავის არიდების, ალტერნატიული კმაყოფილების საშუალება. მოზარდთა ნაწილი დაოჯახების შემდეგ წყვეტს კრიმინალურ სუბკულტურაში მონაწილეობას, ნაწილი კი პროფესიონალ დამნაშავედ ყალიბდება. სუბკულტურა ერთგვარი კატალიზატორია გვიანი პროფესიული, ორგანიზებული, დანაშაულებრივი საქმიანობისათვის.

3.2.2. ვაიტის (Whyte) კვლევები სუბკულტურის შესახებ

ვაიტის კვლევები³⁷ უფრო უახლესია, ვიდრე ტრეშერის. ამ სუბ-

³⁷ Lamnek, S., *Theorien abweichenden Verhaltens I: Klassische Ansätze*. 9. Auflage. Paderborn 2013. S. 153-157.

კულტურული კვლევების განსაკუთრებულობა მდგომარეობს მის მეთოდში. ვაიტი სამი წლის განმავლობაში თანამონაწილეობით დაკვირვებას აწარმოებდა და თავად იყო „წევრი“ კრიმინალური ბანდის. ვაიტი აწარმოებდა ბანდის უკანონო თუ კანონიერი საქმიანობის აღწერას და ანალიზს. თანამონაწილეობითი დაკვირვებით ვაიტმა შეძლო დაედგინა ის ზოგადი ვარაუდი, რომელიც მანამდე არსებობდა, იმის თაობაზე, რომ ღარიბთა დასახლებები (Slums) დეზორგანიზებული არიან, რომ ბანდებს მყარი სტრუქტურა, ნორმები და ღირებულებათა სისტემა გააჩნიათ და სხვა.

ვაიტის კვლევის შედეგების განზოგადება პრობლემურია, რადგან მისი კვლევა შეეხებოდა ემიგრანტი იტალიელების ცხოვრებას და სხვა ეროვნებების შესახებ მას ინფორმაცია არ შეუგროვებია.

ვაიტის მიერ გაანალიზებული იქნა 5 ბანდა, რომლის წევრების ასაკი 20-30 წელი იყო (ეს იყო ზდასრულთა ბანდები, ტრეშერის მიხედვით თუ ვიმსჯელებთ).

ვაიტი დასახლდა ბოსტონის ერთ-ერთ ღარიბთა დასახლებაში (Slum) და 1936-1939 წლებში თანამონაწილეობით დაკვირვებას ატარებდა. თავდაპირველი კონტაქტის დამყარების პრობლემების მიუხედავად, მან შეძლო დაახლოვებოდა ბანდის ერთ-ერთ ლიდერს, რომელთან სიახლოვემაც მას შესაძლებლობა მისცა ინფორმირებული ყოფილიყო ისეთი საკითხებისა და საქციელის შესახებ, რომელიც ბანდის არაწევრებისთვის ხელმიუწვდომელი იქნებოდა.

ვაიტის თანახმად, ემიგრანტთა უშედეგო ინტეგრაციისა და კრიმინალური საქმიანობის გვერდით ადგილი ჰქონდა წარმატებული ინტეგრაციის მაგალითებსაც. ემიგრანტთა ინტეგრაცია ხშირად პიროვნულ ხასიათს ატარებდა და ნაკლებად იყო გარემო პირობებზე დამოკიდებული.

იმის მიზეზი, თუ რატომ იყო დაბალი ფენის ქცევა დევიაციური, განპირობებული იყო იმით, რომ დაბალი და საშუალო ფენის ქცევის წესებს შორის კავშირი არ არსებობდა. ზოგიერთი ნორმა და ქცევის წესი, მაგ., სიძლიერე, ამტანობა, უნარი ძალადობის გამოყენების ან ძალადობის ატანის, ერთნაირად იყო მიღებული, როგორც დაბალი, ასევე საშუალო ფენის წარმომადგენლებისთვის.

ვაიტის მიერ გამოკვლეულ იტალიელ ემიგრანტებს ძალზე სპეციფიური, ტრადიციული სექსუალურ-მორალური ღირებულებები აღმოაჩნდათ. ისინი გოგონებს ჰყოფდნენ 4 ჯგუფად:³⁸

კარგი, ქალიშვილი გოგონები. ისინი სხვა ჯგუფის გოგონებს შორის ყველაზე პატივსაცემები იყვნენ. სუბკულტურული კოდექსი მოზარდებს/მამაკაცებს ავალდებულებდა დაეცვათ მათი ქალიშვილობა და არ გამოეყენებინათ ხელსაყრელი მდგომარეობა;

გოგონები, რომლებიც გათხოვილები არ იყვნენ და რომლებსაც ერთი სექსუალური პარტნიორი ჰყავდათ. ხშირად დაოჯახებული მამაკაცებისთვის ამ ჯგუფის გოგონასთან სექსუალური კავშირი საამაყოდ ითვლებოდა;

გოგონები, რომლებსაც ერთზე მეტი სექსუალური პარტნიორი ჰყავდათ;

და ბოლოს, პროსტიტუციის მიმდევრები, რომლებიც სექსუალური ურთიერთობებისთვის ფულს იღებდნენ. მამაკაცების მიერ ასეთი ქალების „გადაგდება“ – ფულის არგადახდა — სექსუალური ურთიერთობების შემდეგ საამაყო იყო.

ვაიტის მიერ გამოკვლეული ბანდებიდან საინტერესოა ე.წ. ნორტონის ბანდა. ეს კრიმინალური, სუბკულტურული ჯგუფი ძირითადად ნორტონის ქუჩაზე ოპერირებდა, შედგებოდა იტალიელი მიგრანტი 13 წევრისგან, რომელთა ასაკი 20-30 წელი იყო, ჰქონდათ მხოლოდ ცხრა კლასის განათლება და იყვნენ უმუშევრები, ან თავი გაჰქონდათ პერიოდული სამუშაოებით.

ნორტონის ბანდის „საქმიანობა“ შემდეგნაირად გამოიყურება: ნორტონის ჯგუფი ერთმანეთს ერთსა და იმავე ადგილას ხვდებოდნენ თითქმის ყოველ დღე ნაშუადღევს ან საღამოს. მათი საუბრის თემა იყო სპორტი, სექსი, პოლიტიკა და ჯგუფის წევრების ესა თუ ის პიროვნული პრობლემები. სისტემატურმა ურთიერთობებმა განაპირობა მყარი სტრუქტურა და იერარქია, რომელსაც ისინი ვერც ამჩნევდნენ. იერარქია შესამჩნევი იყო მხოლოდ მათი საქციელის დაკვირვებისას. კერძოდ, იმ დამოკიდებულებების დაკვირვებისას, რომელიც სუბკულტურის წევრებს ერთმანეთის მიმართ გააჩნდათ

³⁸ იქვე.

სივრცული მიმართებების შემთხვევაში (პროექსემიკა),³⁹ მაგ., კაფეში დასაჯდომი ადგილების გადანაწილების დროს (იხ. დანართი 2).

ჯგუფის წევრებს გააჩნდათ საკუთარი ნორმები, ღირებულებები და ვალდებულებები, რომლებიც იერარქიული პოზიციებიდან განისაზღვრებოდა. ოჯახი და ოჯახური ურთიერთობები ჯგუფის წევრებისთვის უმნიშვნელო როლს თამაშობდა. ოჯახები ძირითადად დეზორგანიზებული იყო. წევრებისთვის ოჯახი და სახლი მხოლოდ ძილისთვის გამოიყენებოდა. ოჯახის წევრებთან დამოკიდებულების თვალსაზრისით განსხვავება არ იყო დაოჯახებულ და დასაოჯახებელ ჯგუფის წევრების შორის. დაოჯახებული ჯგუფის წევრები იმავე დროს ატარებდნენ ოჯახის გარეთ, ბანდასთან, როგორც დასაოჯახებელი წევრები. ნორტონის ჯგუფის წევრების დამოკიდებულება და იდეოლოგია ოჯახის შესახებ საგრძნობლად განსხვავდებოდა საშუალო ფენის თვალსაზრისგან.

საშუალო ფენის სუბკულტურისგან ნორტონის დაბალი ფენის ჯგუფის სუბკულტურა იმითაც განსხვავდება, რომ თუ საშუალო ფენის სუბკულტურის წევრი ინდივიდუალურადაც ცდილობს განვითარებას და საზოგადოებაში სტატუსის მოპოვებას, დაბალი ფენის სუბკულტურის წევრს არ სურს, ან უნარი არ შესწევს დატოვოს სუბკულტურა.

ნორტონის ჯგუფის სუბკულტურის წარმოქმნა შესაძლებელია დამოკიდებული იყოს ინტეგრაციის პრობლემებით და/ან იტალიური კულტურული ნორმებისა და ღირებულებების განსხვავებულობით ამერიკულ საზოგადოებაში. ემიგრანტთა მიერ ინტეგრაციის კულტურულ პრობლემაზე და ამ პრობლემიდან გამომდინარე, მათ მიერ ჩადენილი დანაშაულის შესახებ, საიტერესოა ტორსტენ სელინის (Thorsten Sellin) კულტურის კონფლიქტის თეორია.

სელინის მიხედვით, კულტურის კონფლიქტს წარმოშობს კულტურულ ღირებულებათა შეუთავსებლობა, რომელიც ნეგატიურ სოციალურ თავისებურებებში ვლინდება (მაგ., დანაშაული, უბედური შემთხვევები, ავადმყოფობა).

³⁹ სურმანიძე, ლ., ინდივიდუალისტური და კლექტივისტური საზოგადოებები (თეორიული მოდელები, ემპირიული კვლევები). თბილისი 2001. გვ. 159.

კულტურის კონფლიქტის თეორიის მიხედვით, ნორმებთან კონფლიქტი ძირითადად უცხო ქვეყნის წარმომადგენლებს ექმნებათ, ვინაიდან ისინი ადგილობრივი, მასპინძელი ქვეყნის კულტურულ, სოციალურ, ქცევით ნორმებს არ იცნობენ. ასეთი ნორმები შეიძლება იყოს, მაგ., წარმოდგენები მორალზე, ღირსებაზე, სისხლის აღებაზე, რელიგიაზე, კონფლიქტის მოგვარების ხერხებზე და სხვა.⁴⁰

ის ადამიანები, რომლებიც უცხო ქვეყანაში ცხოვრობენ, მაგრამ ინტეგრირებული არ არიან ამ ქვეყნის კულტურაში, თავს ორიენტაციადაკარგულად გრძნობენ. ისინი ხშირად სამშობლოს გარეშე არიან დარჩენილები, რაც მათ ფსიქოლოგიურ მდგომარეობას უფრო ართულებს (პოლიტიკური დევნილობის შემთხვევაში). კულტურული კონფლიქტიც წარმოიშობა სწორედ იმის გამო, რომ დაბადების სამშობლოში მიღებული და აღიარებული სოციალური და კულტურული ნორმები ეწინააღმდეგებიან უცხო, ახალი ქვეყნის ნორმებს.

სელინის მიხედვით, ამგვარი სიძნელების გამძაფრება ხდება ადამიანებში, როცა მათ გააჩნიათ შეგრძნება, რომ არ აქვთ სამშობლო, გააჩნიათ ორიენტაციის პრობლემები, და ამას ემატება არათანასწორუნარიანობა, რაც შესაძლებელია ფრუსტრაციაში გადაიზარდოს და დანაშაული გამოიწვიოს.⁴¹

3.2.3. ქოენის კვლევები სუბკულტურის შესახებ

ქოენის სუბკულტურის თეორია⁴² წარმოიშვა დაკვირვებებიდან, რომლებსაც იგი აწარმოებდა დაბალი ფენის (კლასის) არასრულწლოვან ვაჟებზე იმის თაობაზე, თუ როგორ ხვდებოდნენ ისინი კრიმინალურ დაჯგუფებებში. ქოენის სუბკულტურის მოდელის უკეთ გასაგებად აუცილებელია მისი ტერმინების - დაბალი და საშუალო ფენების (კლასები) - განმარტება.

ქოენის აზრით, ეკონომიური მდგომარეობის გარდა, მნიშ-

⁴⁰ Schwind, H.-D., Kriminologie. Eine praxisorientierte Einführung mit Beispielen. 18. Auflage Heidelberg 2008. S. 137.

⁴¹ იქვე.

⁴² Cohen, A. K., Kriminelle Jugend. Zur Soziologische jugendlichen Bandwesens. Reinbek bei Hamburg 1961.

ვენელოვანია ბავშვების სოციალური მდგომარეობა. ბავშვები დაბალი სოციალური ფენიდან დიდი ალბათობით ნაკლები კულტურული ღირებულებების მატარებლები არიან, ვიდრე ბავშვები საშუალო ფენიდან. ბავშვებს დაბალი სოციალური ფენიდან არ შესწევთ უნარი (კულტურული შესაძლებლობა) კონკურენცია გაუწიონ საშუალო ფენის ბავშვებს და მასწავლებელთა, მზრუნველთა, პოლიციელებს და ეკლესიის მსახურთა მოთხოვნები, რომლებიც საშუალო ფენის ნორმებით ხელმძღვანელობენ, დააკმაყოფილონ.⁴³

დაბალი სოციალური ფენის წევრობა ხშირად დამოკიდებულია მისი ოჯახის ადგილზე საზოგადოებაში. კერძოდ, მისი ოჯახის და სხვა ოჯახების პოზიციაზე (მდგომარეობაზე) საზოგადოებაში. გამოცდილება და პრობლემები და მათი მოგვარების ხერხები, რომლებსაც ოჯახის წევრები სხვა ოჯახის წევრებთან ურთიერთობის დროს ხაზს უსვამენ, განაპირობებს ამ ოჯახის პოზიციას საზოგადოებაში.⁴⁴

ოჯახის მნიშვნელობა დიდია ბავშვის, მოზარდის პიროვნების ჩამოყალიბების პროცესში. ოჯახური ურთიერთობები და ამ ურთიერთობიდან მიღებული გამოცდილება დიდი როლს თამაშობს მოზარდის ჩამოყალიბებაში და საზოგადოების სხვა (არაოჯახის წევრებთან) წევრებთან ურთიერთობებში. შეიძლება ითქვას, რომ სამყარო, არაოჯახური გარემო არის სცენა, სადაც მოზარდს უწევს როლის თამაში და იმ ქცევითი იმპულსების წარმოჩენა, რომლის ფორმირებაც მოხდა ოჯახის პირობებში. ეს სცენა თეატრის სცენისგან განსხვავებით, რეალურია. იგი შედგება ფაქტების, ადამიანების, ქცევების, გამოწვევებისა და რეაქციებისაგან, რომელსაც ადამიანი თავს ვერ აარიდებს და რომლებზეც დამოკიდებულია მისი ადგილი საზოგადოებაში. აქ რეალური დასაჩუქრება ან დასჯა ხდება, აქ მიღებული კმაყოფილება ან ფრუსტრაცია მნიშვნელოვანია მოზარდის პიროვნების ჩამოყალიბების პროცესში. ეს არ ნიშნავს, რომ ოჯახური და ოჯახის გარეთ არსებული სამყარო განსხვავდება ერთმანეთისგან. პირიქით, ისინი ერთმანეთს ავსებენ. ცოდნა, გამოცდილება და უნარჩვევა, რომელსაც მოზარდი ითვისებს ოჯახში, პირდაპირ უწყობს მას

⁴³ იქვე, გვ. 84.

⁴⁴ იქვე, გვ. 56.

ხელს სწავლის პროცესსა და გარესამყაროსთან წარმატებით გასამკლავებლად.

ოჯახებს გარკვეული სტატუსის მატარებლად თუ ჩავთვლით, მაშინ ეს ოჯახები გარკვეულ სოციალურ კლასებად უნდა დაიყოს. ქონის აზრით, ამერიკის შეერთებულ შტატებში სოციალური კლასები არსებობენ. „სოციალური კლასის“ ქვეშ იგულისხმება შეფასება, რომელსაც თემის მაცხოვრებლები გააკეთებდნენ მათი ნაცნობი თემის სხვა ოჯახების შესახებ, საზოგადოებაში მათი მდგომარეობის, სოციალური სტატუსის მიხედვით.⁴⁵ შესაბამისად, კვლევის ფარგლებში გამოიყო საშუალო და დაბალი ფენა. საშუალო ფენას განეკუთვნებიან მასწავლებლების, სასულიერო პირების, მზურველობით ორგანიზაციებში მომუშავე პირების, სამეზობლო საცხოვრებლების ხელმძღვანელები და ორგანიზატორები. მათ მიერ აღიარებული ნორმები მნიშვნელოვან როლს თამაშობენ პოლიტიკურ, საზოგადოებრივ, სავაჭრო, საეკლესიო, სამეზობლო და აღმზრდელობით ცხოვრებაში. ესენი არიან ადამიანები, რომლებიც თემის, დასახლების სიმბოლოებად არიან ქცეული და მოზარდები მათ ბაძავენ. ნორმები, რომლებსაც ჩამოთვლილი პირები აღიარებენ – საშუალო ფენა - შეიძლება თამამად ითქვას, რომ ამერიკის შეერთებული შტატებში გაბატონებული ღირებულებათა სისტემაა. ეს ნორმები პროტესტანტული წეს-ჩვეულებებისა და ეთიკის საფუძველზე იქნა შექმნილი და დიდ როლს თამაშობს ამერიკელი ხალხის და ამერიკული საზოგადოების ფორმირებაში. მოკლედ რომ ვთქვათ, საშუალო ფენის ეთიკა მონოდეულობა ადამიანის მიერ რაციონალური, ასკეტური, თვითდისციპლინალური და დამოუკიდებელი საქმიანობისა და დოვლათის შექმნისკენ. საზოგადოებაში გავრცელებული შეხედულებით, წარმატებული თუ არის ადამიანი, ის ამ ზემოაღნიშნული ეთიკური ნორმების დაცვით უნდა ცხოვრობდეს. ოჯახს საშუალო ფენიდან უფრო მეტი შესაძლებლობა აქვს, მოამზადოს შვილი წარმატებული სტატუსის მოსაპოვებლად. როდესაც საუბარია საშუალო და დაბალი ფენის კულტურაზე, ეს არ ნიშნავს, რომ ეს ორი ფენა ერთმანეთთან დაპირისპირებულია ან კულტურულად ჰეგემონური ფენა არსებობს. დაყოფა

⁴⁵ იქვე, გვ. 56-60.

უფრო კვლევის მიზნებისთვის მოხდა. ამ ფენის ჯგუფები მშვიდობიან თანაცხოვრებაში არიან ამერიკის ქალაქებში.

ამ ფენებს შორის „კონკურენციის“ შედეგად დაბალი ფენის ბავშვებს უყალიბდებათ არასრულფასოვნების გრძნობა, უარს ამბობენ გავრცელებული ნორმების აღიარებაზე და უპირისპირდებიან მას. საშუალო ფენასთან კონკურენციაში „დამარცხებული“ დაბალი ფენის მოზარდები, რომელთაც საზოგადოებაში სრულფასოვან ნევრად დამკვიდრების და ინტეგრაციის პრობლემა გააჩნიათ, ქმნიან თანატოლთა და თანამოაზრეთა ჯგუფებს, კრიმინალური ბანდის კულტურას. ასე წარმოიშობიან სუბკულტურული ჯგუფები. დელიქვენტი მოზარდი, რომელიც დაბალი ფენის/კლასის გაბატონებული ღირებულებების საზოგადოებაშია სოციალიზირებული, არარაციონალური, უპასუხისმგებლო და აგრესიული ქცევით უპირისპირდება გაბატონებულ საშუალო კლასის ნორმებს.

ქოენის მიხედვით, გადამწყვეტი არის ის, რომ მოზარდები კულტურული სისტემის საკუთარ ფორმას აყალიბებენ და ისეთ მიზნებს ისახავენ, რომელთა განხორციელებაზე კონტროლი თვითონ შეუძლიათ განხორციელონ და რომელიც მათ დაეხმარებათ სტატუსთან დაკავშირებული პრობლემები ნაწილობრივ მაინც აღმოფხვრან.

კრიმინალური სუბკულტურის წარმოქმნის პროცესში მნიშვნელოვანი ადგილი უკავია კულტურაში ასეთი სუბკულტურის სტატუსის საკითხს. საკითხავია, როგორ შეხედავენ სუბკულტურის ნევრს თანამოქალაქეები. ადამიანის უნარ-ჩვევა საზოგადოებაში აღიარებული კონკრეტული სტატუსის მოპოვების თაობაზე დამოკიდებულია ამ სტატუსის კრიტერიუმებზე. ეს კრიტერიუმები წარმოადგენენ კულტურული დამოკიდებულებების ნაწილს. თუ ადამიანებს არ გააჩნიათ საკმარისი უნარ-ჩვევები ამ სტატუსის მოსაპოვებლად, მაშინ ისინი დგანან საზოგადოებაში ინტეგრაციის პრობლემის წინაშე. ადამიანები, რომლებიც ვერ ფლობენ სტატუსის მოსაპოვებელ უნარ-ჩვევებს და ერთნაირი პრობლემის წინაშე დგანან, ცდილობენ ამ პრობლემისაგან თავის დაღწევისათვის გაერთიანდნენ, ისინი დადებითად აფასებენ იმ უნარ-ჩვევებს, რომელიც მათ გააჩნიათ და თავად ქმნიან ახალი სტატუსის ისეთ კრიტერიუმებს ნორმებს, ქცე-

ვის წესებს, რომლებსაც რეალურად ფლობენ და რისი შესრულებაც შეუძლიათ. თუ ასეთი ახალი სტატუსის ფორმები მათ სტატუსთან დაკავშირებულ პრობლემას მოაგვარებს და ამავე დროს აღიარებული იქნება სხვების მიერ, მაშინ ეს მისაღები იქნება ჯგუფის თითოეული წევრისთვის და იქნება არა ერთი კონკრეტული ინდივიდის პრობლემის მოგვარების შესაძლებლობა, არამედ მთელი ჯგუფის. აღნიშნული კი ზრდის ჯგუფის სიმყარეს და მდგრადობას. ხოლო თუ ახალი სტატუსის ფორმები მხოლოდ ინდივიდის სტატუსის პრობლემას მოაგვარებს, ეს ამ პიროვნებას უფრო დააშორებს თანამოქალაქებს. ახალი სტატუსის კრიტერიუმები წარმოადგენენ ახალი ჯგუფის კულტურის ღირებულებების მასშტაბს, რომელიც განსხვავებულია საზოგადოებრივი კულტურისგან ან ეწინააღმდეგება კიდევაც მას.

მოზარდების მონანილეობა „Gang-Culture-ში“ აძლევს მათ შესაძლებლობას მიაღწიონ საკუთარ მიზნებს, მაგრამ, ამავე დროს, ისინი იმყოფებიან გაბატონებულ კულტურასთან მუდმივ კავშირში. სუბკულტურის წევრი მოზარდები თანატოლების თვალში ღირსებას სწორედ იმის გამო აღწევენ, რომ ისინი გაბატონებული საზოგადოების იმ ნომებს და ღირებულებებს არღვევენ, რომელთა გამოც მათ ამ საზოგადოებაში სტატუსი ვერ მოიპოვეს. ქონის აზრით, გაბატონებულ საზოგადოებაში ინტეგრირების პრობლემის კოლექტიური გადაჭრის საშუალება არის სწორედ დაბალი ფენის მოზარდთა გაერთიანება დანაშაულებრივ სუბკულტურებში.

დასასრულს, ქონის თეორია შეიძლება ჩამოყალიბდეს შემდეგი თეზისების სახით:

1. თუ საზოგადოება დაყოფილია კლასების მიხედვით;
2. თუ საზოგადოების ერთ ნაწილს სოციალური სტატუსი აქვს მინიჭებული, რომელიც კლასების შესაძლებლობაზეა დამოკიდებული;
3. თუ საზოგადოების ერთი ნაწილი კლასების სპეციფიურობიდან გამომდინარე, წარმოშობილ ნორმებს და ღირებულებებს და დაბალი ფენის სტატუსს აღიარებს;
4. თუ დაბალი ფენის მოზარდებს საკუთარი სტატუსი გაბატონებულ საზოგადოებაში (კულტურაში) ინტეგრაციის პრობლემებს უქმნის;

5. თუ დაბალი ფენის მოზარდებს გაბატონებულ საზოგადოებაში (კულტურაში) ინტეგრაციის პრობლემები ერთნაირი აქვთ;

6. თუ დაბალი ფენის მოზარდები გაბატონებულ საზოგადოებაში (კულტურაში) მიღებული იმ ნორმების და ღირებულებების წინააღმდეგ ერთად გამოდიან, რომელთა გამოც მათ დაბალი ფენის სტატუსი მიენიჭათ;

მაშინ დაბალი ფენის მოზარდები ქმნიან ინტერაქტიულ ჯგუფებში ნორმებს და ღირებულებებს (სტატუსის კრიტერიუმებს), რომლებიც გაბატონებული საზოგადოების (კულტურის) მიმართ ნეგატიურად არის მიმართული და ახორციელებენ ქმედებებს ამ კულტურის წინააღმდეგ.

ქოენი გამოყოფს სუბკულტურის შემდეგ ჯგუფებს:⁴⁶

1. მამაკაცების საბაზისო სუბკულტურა

ამ სუბკულტურას საბაზისოს უწოდებს ავტორი, ვინაიდან ასეთი სახის სუბკულტურული ჯგუფები ამერიკაში ძალიან ბევრია და ყველა ქალაქში შეხვდება ადამიანი. ეს ჯგუფი აღწერილია როგორც არაუტილიტარული, ბოროტი, ნეგატიური, მრავალმხივი გაერთიანება, რომელიც ჰედონისტური და ავტონომიურია. ქოენის აზრით, ეს არის ის გაერთიანება, რასაც შეიძლება კრიმინალური სუბკულტურა ეწოდოს. საბაზისო სუბკულტურა არის მუშათა კლასისთვის დამახასიათებელი. საბაზისო სუბკულტურული ჯგუფები შედგება რამდენიმე მონაწილისაგან და უფრო Clique-ს ჰგავს – არასტრუქტურირებულ, სპონტანურად შექმნილ ჯგუფს.

2. კონფლიქტზე ორიენტირებული სუბკულტურა

კონფლიქტზე ორიენტირებული სუბკულტურა საზოგადოებაში ყველაზე ცნობილი დელიქვენტური სუბკულტურაა, რომელიც მისი განვითარების პერიოდში დიდი ბანდის სახით წარმოგვიდგება. ასეთ ბანდებში მონაწილეთა რაოდენობა 20-დან 100 წევრამდე მერყეობს. ასეთი ბანდები კომპლექსურად ორგანიზებულია და აქვთ იერარქი-

⁴⁶ Cohen, A. K./Short, J. F., Zur Erforschung delinquenter Subkulturen. In: Sack, F./König, R. (Hrsg.), Kriminalsoziologie. Frankfurt a. M. 1968. S. 372-394.

ული სტრუქტურული ერთეულები: პრეზიდენტი, ვიცე პრეზიდენტი, „ომის უფროსი“ და „იარალის ოსტატი“, რომელთაც განაწილებული აქვთ საქმიანობაც. ეს ბანდა დაყოფილია ქვებანდებად ასაკობრივი და ტერიტორიული ერთეულების მიხედვით და მჭიდრო კავშირშია ცენტრალურ ბანდასთან. ქვებანდებს აქვს სახელი და ჯგუფური ერთობის მაღალი გრძნობა და საკუთარი სახელი და ადგილი ბანდების სამყაროში. ხშირად ასეთი ბანდა გარკვეულ ტერიტორიასთან აკეთებს იდენტიფიცირებას და ძირითადად იქ ცდილობს, როგორც საქმიანობის განხორციელებას, ასევე საკუთარი ტერიტორიის დაცვას. კრიმინალურ სამყაროში ბანდის სტატუსი და სახელი დამოკიდებულია მის სიმტკიცეზე და სიძლიერეზე, შესაძლებლობაზე, ფიზიკურად დაუპირისპირდეს სხვა ბანდებს. ძალადობა და ბანდებს შორის დაპირისპირება მათი საქმიანობის მხოლოდ ერთი მხარეა. ამ დაპირისპირების დროს მნიშვნელოვანია, ბანდის წევრებმა გამოიჩინონ სიმამაცე. ბანდის შიგნით, მის წევრებს შორის არსებული დაპირისპირება სამართლიანად ირჩევა და წყდება, ხოლო ბანდებს შორის დაპირისპირების დროს სამართლიანობა და რაინდული საქციელი უარყოფილია. ბანდებს შორის დაპირისპირების დროს მნიშვნელოვანია სახელის შენარჩუნება და საკუთარი ტერიტორიის ნებისმიერი საშუალებით დაცვა. ბანდებს შორის კონფლიქტის დროს ძალადობა და სისხლისღვრა ჩვეულებრივი მოვლენაა. ბანდების ძირითად საქმიანობას ალკოჰოლის მიღება, გართობა, აზართული თამაშები, ქურდობა და ვანდალიზმი წარმოადგენს. ბანდები გვხვდება ქალაქის იმ ნაწილებში სადაც ბევრია მუშათა კლასი, დიდია სიღარიბე და დეორგანიზაცია.

3. ნარკოდამოკიდებულების სუბკულტურა

ნარკოდამოკიდებულთა სუბკულტურა განსხვავებული ცხოვრების სტილით ხასიათდება. ნარკოდამოკიდებულება იწვევს დანაშაულის ჩადენას. ნარკოდამოკიდებულება იქ წარმოიქმნება, სადაც დელიქვენტობა ხშირია. ნარკოდამოკიდებულები მოზარდების დიდი ნაწილი დამოკიდებულებამდე იყვნენ დანაშაულის ჩადენაში შემჩნეულები. ნარკოდამოკიდებულები უარს ამბობენ ძალადობრივი სახის დანაშაულზე (ყაჩაღობა, შეურაცხყოფა, ბანდების ომი) და ეკო-

ნომიკური (ფინანსური მოგების) ხასიათის დანაშაულებს ჩადიან. მათი დანაშაულის ძირითადი მიზანი დანაშაულით მიღებული ფულით ნარკოტიკული საშუალებების შექმნაა. ნარკოდამოკიდებულთა სუბკულტურის წევრები თავდაპირველად ორგანიზებული ბანდის წევრებიც არიან. მას შემდეგ, რაც ნარკოტიკებზე დამოკიდებულები ხდებიან, იშვიათად იღებენ ბანდის ძალადობრივ აქტივობებში მონაწილეობას. ისინი კარგ ურთიერთობაში არიან ბანდის სხვა წევრებთან და მათი ცხოვრების ფილოსოფიას იზიარებენ.

ნარკოდამოკიდებულთა სუბკულტურა ჩნდება ქალაქის ისეთ რაიონებში, სადაც მოსახლეობის სოციალ-ეკონომიკური მდგომარეობა ცუდია, ნაკლებია ფორმალური და არაფორმალური კონტროლი, ოჯახები დეზორგანიზებულია და დიდია მოსახლეობის მიმოსვლის (ახალი დასახლება სხვადასხვა ეთნიკური ჯგუფებით) მაჩვენებელი. ნარკოდამოკიდებულთა სუბკულტურაში გაერთიანებულია ძირითადად დისკრიმინირებული ჯგუფების წევრი მოზარდები 16 წლის ზევით, მაგალითად, შავკანიანები.

ნარკოდამოკიდებულთა სუბკულტურა საბაზისო ან კონფლიქტური სუბკულტურებისაგან იმით განსხვავდება, რომ მათთან შედარებით ისინი უტილიტარისტური დამოკიდებულებებით ხასიათდებიან, რაც მათი, როგორც ნარკოდამოკიდებულების ცხოვრებისთვის არის აუცილებელი.

4. ნახევრადპროფესიონალი ქურდების სუბკულტურა

ნახევრადპროფესიონალი ქურდების სუბკულტურის აღწერამდე აუცილებელია გავარკვიოთ, ვინ არის პროფესიონალი ქურდი. პროფესიონალია ის ქურდი, რომელიც რაფინირებულად, ხელმარჯვედ და არაძალადობრივად მოქმედებს.

ნახევრადპროფესიონალი ქურდების სუბკულტურის შემთხვევაში საქმე გვაქვს საბაზისო სუბკულტურის წევრებთან, რომლებიც 16, 17 წლის ასაკში გამოდიან საბაზისო სუბკულტურიდან და უტილიტარისტულ, სისტემატურ და ფულისმომტან დანაშაულებს ჩადიან. მათი დანაშაულებრივი საქმიანობა ძირითადად სამი მიმართულებით ხორციელდება:

- ა) ძალის გამოყენებით ფულის შოვნა (ყაჩაღური თავდასხმები);
- ბ) ნაქურდალი ნივთების გაყიდვა, გამოყენება, სხვისი „გადაგდება“;
- გ) ქურდობა იმიტომ, რომ ფული სჭირდება, ნაცვლად ქურდობის პროცესისგან მიღებული ადრენალინისა, სიამოვნებისა, ჯგუფური დინამიკისა.

ნახევრადპროფესიონალი ქურდების ჯგუფი არის დამოუკიდებელი, ავტონომიური სუბკულტურა. მოზარდები, რომლებიც ამ სუბკულტურაში არიან გაერთიანებული, შეიძლება ასევე მონაწილეობდნენ არაუტილიტარულ დელიქვენტურ ქმედებებშიც, ისინი შეიძლება ასევე წევრები იყვნენ სხვა არაუტილიტარული ბანდებისა, მაგრამ მათი განსხვავება ბანდის სხვა წევრებისგან, რომლებიც ანარქისტულად, იმპულსურად და არადისციპლინურად არიან განწყობილნი, ის არის, რომ ისინი სისტემატურად, რაციონალურად, დაგეგმილად და წინასწარი შეცნობით (განზრახვით) ქურდობენ და ეს ქმედება მათი შემოსავლის ძირითადი წყაროა.

5. საშუალო კლასის დელიქვენტური სუბკულტურა

საშუალო კლასის დელიქვენტური სუბკულტურა წარმოიშვება, როგორც პასუხი საზოგადოებაში ინტეგრაციის პრობლემისა, რომელიც საშუალო ფენის სოციალიზაციისა და ცხოვრების პროდუქტია. საშუალო კლასის სუბკულტურაში სიბრაზის, ძალადობის, სიამოვნების გამოვლენის სურვილები ხელოვნურად დაქვეითებულია, უარყოფილია (*heruntergespielt*) და მათ ადგილას წინა პლანზე იწევს ზრდასრული ადმიანებისთვის სანუკვარი აქტივობები, რომელიც დაკავშირებულია სექსთან, ალკოჰოლსა და ავტომობილებთან.

3.2.4. მილერის კვლევები სუბკულტურის შესახებ

ქონის მსგავსად, ვალტერ მილერიც⁴⁷ ცდილობს, ახსნას დაბალი ფენის მოზარდების ბანდების ფენომენი. თუ ქონი სუბკულტურის წარმოშობის მიზეზად მიიჩნევს დაბალი ფენის კოლექტიურ რეაქციას

⁴⁷ Miller, W. B., Die Kultur der Unterschicht als ein Entstehungsmilieu für Bandendelinquenz. In: Sack, F./König, R. (Hrsg.), Kriminalsoziologie. Frankfurt a. M. 1968. S. 339 - 359.

საშუალო ფენის ნორმებისადმი, მილერის აზრით, სუბკულტურის წარმოშობის მიზეზი არის არა ფენებს შორის კონფლიქტი, არამედ დაბალი ფენის ქცევის მარეგულირებელი ნორმები. მილერის აზრით, ბანდების დანაშაულების შემთხვევაში კულტურული ფასეულობათა სისტემა, რომელსაც პირდაპირი ზემოქმედება აქვს ბანდის წევრების საქციელზე, თავად წარმოადგენს დაბალი ფენის კულტურას, რომელიც დიდი ხნის დამკვიდრებული, ტრადიციულია და მათი ერთობის ნიშანს წარმოადგენს.

მილერის კვლევის ემპირიული მონაცემების დიდი ნაწილი შეგროვებულ იქნა მოზარდთა ბანდების დანაშულის კონტროლის კვლევითი პროექტის ფარგლებში. პროექტის ფარგლებში სამი წლის განმავლობაში 7 კარგად, წინასწარ გადამზადებული სოციალური მუშაკი მუშაობდა 21 დანაშაულებრივ, ქუჩის ბანდებთან ღარიბთა (slum) რაიონში.

ეს ბანდები შედგებოდა შავკანიანი და თეთრკანიანი ბიჭებისა და გოგონების წევრებისაგან, რომელთა ასაკი იყო 17-22 წელი. 8 000 გვერდი პირდაპირი დაკვირვების მონაცემი იქნა შეგროვილი ბანდის წევრების ქცევისა და რაიონის მოსახლეობის შესახებ. შეგროვილი მონაცემები შედგებოდა სოციალური მუშაკების მოხსენებებისაგან, რომელთაც ყოველდღიური კონტაქტი ჰქონდათ ბანდის წევრებთან; ავტორის, კულტურის ანთროპოლოგის თანამონაწილეობითი დაკვირვების ოქმებისაგან და პირდაპირი აუდიო ჩანაწერებისგან ჯგუფური დისკუსიებიდან.

შეგროვებული მასალის შედეგად გამოკვლეულ და გაანალიზებული იქნა ბანდის წევრების ქცევები და დამოკიდებულებები სკოლასთან, პოლიციასთან, სექსუალურ სურვილებთან, დანაშაულებთან (ქურდობა, ყაჩაღობა), სპორტულ ღონისძიებებთან და სხვა აქტივობებთან მიმართებით. დაახლოებით 70-მდე ასეთი ქცევა იქნა კვლევის მონაცემებიდან გამოყოფილი, ბარათებზე გადატანილი და კატალოგიზირებული. ამ მონაცემების ანალიზი მიზნად ისახავდა ამ რაიონში ჩვეულებად ქცეული ქცევითი სტრუქტურების დადგენას.

მილერის აზრით, დაბალი ფენა არის ავტონომიური, რომელსაც გააჩნია ტრადიციულად დამკვიდრებული კულტურული სისტემა.

როგორც დაბალი ფენის ცხოვრების წესი, ასევე თითოეული კულტურული ჯგუფი ხასიათდება ექვსი მნიშვნელოვანი და ცენტრალური ასპექტით (Kristallisationspunkte, focal concerns), რომლებიც ყველას (კულტურის ყველა წევრის) ინტერესის სფეროს წარმოადგენს, ყველა თაობაშია გავრცელებული, ყველას ყურადღებას იპყრობს და **ემოციურად მისაღებია**. ეს ცენტრალური ასპექტებია:⁴⁸

1. სიძნელები - იგულისხმება ისეთი სიტუაცია ან ქცევა, რომელსაც ოფიციალურ ორგანოებთან ან საშუალო ფენის წარმომადგენლებთან რთული ურთიერთობები ახლავს თან. ასეთი ძნელი ურთიერთობების „დაძლევა“ მიიჩნევა დადებით თვისებად. სიძნელებისაგან თავის დაღწევა დაბალი ფენის კულტურის ყველა ასაკისა და სქესის წევრისთვის არსებითი გამოწვევაა და ეს ის საკითხია, რომელიც მათი ცხოვრების მთავარ თემად შეიძლება მოიაზრებოდეს. სიძნელების განზომილება ეხება როგორც კანონიერ, ისე უკანონო ქცევას. მამაკაცებისათვის ასეთი სიძნელები ეხება ხშირ ჩხუბს, ნასვამ მდგომარეობაში სექსუალურ თავგადასავლებს. ქალების შემთხვევაში კი სექსუალურ ურთიერთობებს უარყოფითი შედეგებით. დაბალი ფენის წევრების სურვილი, ისეთ ქცევაზე თქვან უარი, რომელიც მორალურ და დადგენილ ნორმებს არღვევს, გამომდინარეობს არა ამ ოფიციალური ნორმების აღიარებისაგან, არამედ სურვილისაგან, შარში არ გაეხვენ, სიძნელები არ შეხვდეთ.

დაბალი ფენის კულტურაში ძალიან დიდი მნიშვნელობა ენიჭება ისეთი უნარ-ჩვევების ქონას, რომელიც სიძნელების დაძლევას შეუწყობს ხელს. თუ საშუალო ფენის კულტურაში მიღწევები პირდაპირ განაპირობებენ პირის სტატუსს საზოგადოებაში, დაბალი ფენის კულტურაში პირის სტატუსი დამოკიდებულია მის კანონიერ და უკანონო საქციელზე. დედა საკუთარი ქალიშვილის მეგობარს აფასებს არა იმ ცოდნით, რაც მას მიღწევებში დაეხმარება, არამედ იმ უნარ-ჩვევებით, რითაც ის სიძნელების გადალახვას შეძლებდა.

საინტერესოა, თუ როგორ არის აღქმული კანონიერი და უკანონო საქციელი. ბევრ შემთხვევაში არსებობს კანონიერი ნორმების აღი-

⁴⁸ Miller, W. B., Die Kultur der Unterschicht als ein Entstehungsmilieu für Bandendelinquenz. In: Sack, F./König, R. (Hrsg.), Kriminalsoziologie. Frankfurt a. M. 1968. S. 340.

არების მოჩვენებითი სურვილი და შინაგანი, დაფარული სიმპათია უკანონო საქციელისადმი. ხშირად სიძნელები, შარში გახვევა, პრესტიჟის ამაღლებას უწყობს ხელს.

დაბალი ფენის კულტურა მის წევრებს სთავაზობს კანონიერი და უკანონო საქცილის არჩევის ალტერნატივას, ამიტომ ყოფილა შემთხვევები, როდესაც ერთი ძმა პოლიციის შერიფია, ხოლო მეორე კრიმინალური ავტორიტეტი.

2. სიძლიერე - იგულისხმება ისეთი თვისებები, როგორცაა ფსიქიკური სიმყარე, ძალა, გამძლეობა, სითამამე.

მასკულიზაციის დასადასტურებლად დაბალი ფენის წევრები ხშირად იყენებენ სიმბოლოებს ტატუს სახით, მათთვის უცხოა სენტიმენტალობა, მათ ხელოვნებისა და ლიტერატურის მიმართ გააჩნიათ ნეგატიური, გულგრილი დამოკიდებულება, ქალები ფიქრობენ, რომ ისინი დაპყრობის ობიექტები არიან.

მასკულიზური (მამაკაცური) ჩვევების წარმოშობის მიზეზად მიღერი მიიჩნევა ვაჟი მოზარდების მიერ მამაკაცად იდენტიფიცირების შესაძლებლობის ნაკლებობას, რაც განპირობებულია იმით, რომ დაბალი ფენის ოჯახებში სახლის საქმეებს ქალები მართავენ და მამაკაცები არ არიან სახლში.

ჰომოსექსუალების მიმართ ინსტიტუციური აგრესია არსებობს და ხშირია მათზე ფიზიკური თავდასხმები. ჰომოსექსუალიზმი მიჩნეულია სისუსტედ. ჰომოსექსუალად მოხსენიება სალანძღავ სიტყვად ითვლება.

3. გონებრივი მოქნილობა - გონებრივი მოქნილობა გულისხმობს თვისებას, რომლითაც მოზარდს შეუძლია სხვებს აჯობოს, „მოატყუოს“, სხვების ქმედებები ღირსეულად მოიგერიოს, ნდობა გამოიყენოს და სხვას ჭკუაში აჯობოს. გონებრივი მოქნილობის დროს ადამიანს აქვს ისეთი უნარ-ჩვევები, რომლის მეშვეობითაც მას შეუძლია მატერიალური სარგებლის მიღება, პიროვნული სტატუსის მოპოვება მინიმალური ფიზიკური ძალისხმევით. ასეთ უნარ-ჩვევებს დაბალი ფენის კულტურაში დიდი ხნის ტრადიცია გააჩნია და

განსაკუთრებულად დადებითად ფასდება. ამის საპირისპიროდ, ინტელექტუალობა (ხელოვნებაში, მუსიკაში, ლიტერატურაში გათვითცნობიერება) უარყოფითად ფასდება და ქალწურობის ნიშანია. გონებრივი მოქნილობის უნარ-ჩვევებს დაბალი ფენის ბავშვი ქუჩის კუთხეში სწავლობს. ყოველდღიურად ვარჯიშობენ ბავშვები ასეთი უნარ-ჩვევების (მოტყუება, ჭკუაში ჯობნა) მოსაპოვებლად კარტის და სხვადასხვა თამაშის დროს. თამაში „doin' the dozens“⁴⁹ შემდეგნაირად მიმდინარეობს: ორი ანტაგონისტურად განწყობილი მოზარდი (ზრდასრული) ერთმანეთს სიტყვიერ შეურაცხყოფას აყენებს. სიტყვიერი დაპირისპირების თემა ძირითადად მოპაექრის დედასთან სექსუალური ურთიერთობების სურვილია. ასეთი სერიოზული, არახუმრობითი ლანძღვის დროს ვლინდება დაპირისპირებული მხარეების გონებრივი მოქნილობა, ენაწყლიანობა, პასუხების სისწრაფე, სიმწვავე და გამოგონება. ბანდის ხელმძღვანელის სტატუსი ხშირად მოიპოვება გონებრივი მოქნილობისა და სიძლიერის საფუძველზე.

გონებრივი მოქნილობის თვალსაზრისით ადამიანების ორ ჯგუფს განასხვავებენ: ბრიყვი, უტვინო, სულელი – ადამიანი, რომელიც საკუთარ სარჩოს შრომით შოულობს და მოხერხებული, საზრიანი, რომელიც თავისი მოხერხებულობით ცხოვრობს და ბრიყვს და უტვინოს ატყუებს.

4. ალგზნებადობა - ამ პუნქტში გაერთიანებულია ყველა ის საშუალება, რომლითაც დაბალი ფენის წარმომადგენლები ეძიებენ დაძაბულობასა და დასვენებას, რომელიც ალკოჰოლში, კარტის თამაშში, სექსუალურ და აგრესიულ თავგადასავლებში გამოიხატება. ალკოჰოლის მიღება და გასართობი თამაშები (ცხენების დოღზე ფულის დადება, კამათლების გაგორება, კარტის თამაში) გავრცელებულია დაბალ ფენაში. ადამიანების ჯგუფი ან ერთეულები ღამის საათებში დადიან ბარიდან ბარში, იღებენ ალკოჰოლს და ცდილობენ გაიცნონ გოგონები. ასეთი ღამის თავგადასავლის შედეგი ძალიან ხშირად არის ერთი და იგივე: ჩხუბი, ფიზიკური დაპირისპირება სხვა ჯგუფთან ან

⁴⁹ „doin' the dozens“ არის შაირი ორ მამაკაცს შორის, რომლის დროსაც ისინი ერთმანეთის მდებდრობითი სქესის ნათესავს შეურაცხყოფენ.

სხვა მამაკაცთან გოგონას (გოგონების) გამო. დაბალი ფენის წევრები სექსუალურ და აგრესიულ თავგადასავლებს ხშირად არაცნობიერად ეძებენ. ვინაიდან ალბათობა ასეთი სექსუალური თავგადასავლისა არის ჩხუბი, ფიზიკური დაპირისპირება, უნდა ითქვას, რომ ეს ადამიანები საფრთხეს არაცნობიერად ეძებენ და ეს მათთვის ჩვეულებრივი ცხოვრების სტილია. ეს არის „საფრთხესთან ფლირტაობა“. დაბალი ფენის წევრების დიდი ნაწილი კვირაში ერთხელ „ფლირტაობს“ ალკოჰოლით, სექსუალური სურვილებით და ჩხუბებით გამონვეულ საფრთხესთან.

5. ბედისწერა - მილერის ეს პუნქტი გამოიხატება ცხოვრებისადმი ექსტრემალურ მიდგომაში: იყო ბედნიერი ან იყო უბედური. დაბალი ფენის წარმომადგენლების წარმოდგენით, შეუძლებელია იმ მაგიური ძალის წინააღმდეგ მოქმედება, რომლებიც ადამიანის ბედნიერება/უბედურების საკითხს წყვეტს. ისინი ფიქრობენ, რომ მათი ცხოვრება გარკვეული ძალების ხელშია, რომელზეც ისინი ვერ ბატონობენ. ეს ძალა ბედისწერაა ან მაგიურია და მათთვის ადამიანი ქცევის ობიექტია. დაბალი ფენის წევრები ფიქრობენ, რომ თუ ბედი შენს მხარესაა, ყველაფერს შეძლებ და მიაღწევ, ხოლო თუ ბედი განგიდგა, მაშინ ცდასაც კი აღარ აქვს აზრი. მათი ფანტაზიის უნარი საკმაოდ მსუყეა და ბედის ქონის შემთხვევაში ქონებრივი მდგომარეობის გაუმჯობესება პირველ ადგილზე: დიდი მანქანა, დიდი სახლი და საკმარისი ფული, რომ ერთხელ მაინც „დაიმხოთ თავზე“ ღამის კლუბი. ასეთ შემთხვევაში მათი ფანტაზია და სურვილები უმნიშვნელო დეტალებშიც კი მიდის.

6. ავტონომია (დამოუკიდებლობა) - ავტონომია გამოიხატება გარეგანი კონტროლის მექანიზმებზე უარის თქმაში, რაც მიუთითებს მათ სურვილზე, იყვნენ დამოუკიდებლები. ადამიანის ქცევაზე კონტროლის ფორმა და სიხშირე ყველა კულტურის ერთ-ერთი მნიშვნელოვანია საკითხია. დაბალი ფენის კულტურაში ყველაზე მწვავედ განიხილება გარეგანი კონტროლის, უსამართლო, მოძალადე ავტორიტეტი. „მე არავის ვაბრძანებინებ!“ ან „ეს მე არ მაინტერესებს!“ არის ავტონომიურობის გამოხატვის ლოზუნგები. პიროვნული ავ-

ტონომიის სურვილი ხშირად გამოიხატება სიტყვებით: „მე არავინ მჭირდება ვინც ჩემზე იზრუნებს. ჩემს თავს თავად მივხედავ“. ამ სიტყვების მიუხედავად, რეალური სიტუაცია და ქცევა სხვაგვარია. სინამდვილეში დაბალი ფენის კულტურის წარმომადგენლების უმრავლესობა ეძებს ისეთ ურთიერთობებს, სადაც მათი ავტონომია შეზღუდული იქნება და ამ ავტონომიის შეზღუდვაზე შეძლებენ გაბრაზებას და ჩხუბს. ისეთი ინსტიტუციები, როგორც არის ციხე, ჯარი, აღმზრდელი დაწესებულებები, წარმოადგენენ ავტონომიის შეზღუდვის საშუალებებს. ამ ინსტიტუტებში ადამიანების ყველა ნაბიჯი და საქციელი წინასწარ განერილი და ნორმის დარღვევები სანქციონირებულია. ასეთი ინსტიტუტები ზღუდავენ პირის ავტონომიურობას. თუ საშუალო ფენის წარმომადგენლები ასეთ ინსტიტუტებში აღმოჩნდებიან, ისინი ბრაზდებიან და უკმაყოფილო არიან იქ არსებული უსამართლობით და დესპოტური დამოკიდებულებით. გარეთ თუ გამოვლენ ასეთი ინსტიტუტებიდან, ცდილობენ სხვას მოაჩვენონ, რომ მათ მალე ისევ უკან შეაბრუნებენ.

ავტონომიის და არაავტონომიის ციკლი შემდეგნაირად გამოიყურება. დაბალი ფენის კულტურის წევრები სიძნელების და თავგადასავლების ძიების შემდეგ (ავტონომიურობა) ეძებენ დროებით ნავსაყუდელს ციხის, მეუღლის ან სამსახურის სახით (არაავტონომიურობა). გარკვეული პერიოდის შემდეგ უგროვდებათ შინაგანი პროტესტი, ბრაზი და აგრესია და ისევ უჩნდებათ მოთხოვნილება სიძნელებზე და თავგადასავლებზე.

მილერის მიერ შედგენილი კულტურული ფაქტორები (focal concerns) არის საზოგადოებისაგან „გარიყული ჯგუფების“, მოზარდი მამაკაცების, ის ზოგადი კულტურული გარემო (ადგილი), სადაც მათ უწევთ მოქმედება. ჩამოთვლილი ექვსი პუნქტის გარდა, მნიშვნელოვანია აგრეთვე: **კუთვნილება (ჯგუფის წევრობა) და სტატუსი.**⁵⁰

კუთვნილება დამოკიდებულია იმაზე თუ როგორ ასრულებს ადამიანი ჯგუფის მიერ აღიარებულ ნორმებს, ხოლო **სტატუსი** დამოკიდებულია ადამიანის სიძლიერეზე, გონებრივ მოქნილობასა და

⁵⁰ Miller, W. B., Die Kultur der Unterschicht als ein Entstehungsmilieu für Bandendelinquenz. In: Sack, F./König, R. (Hrsg.), Kriminalsoziologie. Frankfurt a. M. 1968. S. 353.

მის სხვა ისეთ თვისებებზე, რომლებიც მას უპირატესობას მოუტანს სხვა პირებთან მიმართებაში.

პირველი და უმთავრესი კითხვა დაბალი ფენის ბანდების ნევრებისთვის, არის - ვინ არის ამ ჯგუფის აღიარებული ნევრი. მუდმივად იმის გარკვევა, თუ ვინ ეკუთვნის ამ ჯგუფს და ვინ არა, აუცილებელს ხდის ჯგუფის ნევრობის კრიტერიუმები იქნეს დადგენილი. სიტყვები: „ის ჩვენთან ერთად დგას/არის“, ერთმნიშვნელოვნად ჯგუფის ნევრობაზე მიუთითებენ, როდესაც სიტყვები: „ის არ არის ჩვენთან“ – ჯგუფის ნევრობაზე უარს ნიშნავს. ჯგუფის ნევრი გახდება ის, ვინც იცნობს ჯგუფის ნორმებს, ჯგუფის ნევრების მიერ აღიარებული უნარ-ჩვევები გააჩნია. ეს უნარ-ჩვევები ძირითადად გამომდინარეობს ფასეულობებიდან „სიძლიერე“, „გონებრივი მოქნილობა“ და ავტონომიურობა. ჯგუფის ნორმების დარღვევის სანქცია ჯგუფიდან გაძევებაა.

სტატუსთან მიმართებაში აღსანიშნავია მოზარდთა სურვილი, იყვნენ ისეთები, როგორებიც ზრდასრულები არიან. მათთვის ზრდასრულობა არ არის დაკავშირებული პასუხისმგებლობასთან. ჯგუფის ნევრებს სურთ, ჰქონდეთ ის ცხოვრებისეული უპირატესობები, რომლითაც ისინი ზრდასრულებად ჩაითვლებიან (ავტომობილი, ფული, ნარკოტიკული საშუალებები ან ალკოჰოლი). მათ სურთ, ყოველგვარი შეზღუდვის გარეშე ჰქონდეთ მათთვის საინტერესო მოვლენებზე ხელმისაწვდომობა. ხშირად მოზარდები ზრდასრულებზე მკვეთრად გამოხატავენ ისეთ თვისებებს, რაც მათ ზრდასრულად ჩათვლის.

ჯგუფში სტატუსის საკითხი ხშირ ცვლილებას განიცდის და მუდმივად აქტუალურია. ჯგუფის იერარქიაში სტატუსის მოპოვების და შენარჩუნების აუცილებელი უნარ-ჩვევებია: ფიზიკური სიძლიერე, გონებრივი მოქნილობა და თამაშის დროს გამჭრიახობა.

საზოგადოებისაგან „გარიყული ჯგუფების“ მიერ ჩადენილი დანაშაულებრივი ქმედებები, მილერის აზრით, არის შედეგი მათი ორიენტაციის დაბალი ფენისათვის დამახასათებელი ნორმებისა და ღირებულებების, ანუ კულტურული ფაქტორების (focal concerns).

4. სუბკულტურული კვლევების ფსიქოანთროპოლოგიური ასპექტები

ანთროპოლოგია წარმოდგება ბერძნული სიტყვა *anthropos*-სგან - „ადამიანი“ და „*logos*“-ისაგან - „მოძღვრება.“⁵¹

ანთროპოლოგია შეიძლება განხილულ იქნეს არა როგორც თეორიული სისტემა, არამედ მეთოდოლოგია, რომელიც „ადამიანს“ სხვადასხვა ასპექტებიდან ამუშავებს და აანალიზებს.⁵²

მოცემულ სასემინარო ნაშრომში შევეცდებით კრიმინალური სუბკულტურული ჯგუფების სოციოლოგიური კვლევების შედეგების ფსიქოანთროპოლოგიურ გააზრებას. „ჯგუფური პროცესების ანალიზისას აუცილებელია სოციალური და კულტურული ელემენტებისა და კონტექსტის გათვალისწინება და კომპლექსური შესწავლა. სწორედ ამიტომ, ფსიქოანთროპოლოგიური მიდგომა არის საუკეთესო ამოსავალი წერტილი ამ მიმართულებით კვლევების საწარმოებლად, რადგან ის აქცენტს პიროვნული და კონტექსტური ფაქტორების თანაბარ მნიშვნელობაზე აკეთებს.“⁵³

4.1. კრიმინალური სუბკულტურა და „მე-ს“ კონსტრუქცია

ჰეზელ მარკუსის და შინობუ კიტაიამას აზრით, ყოველი კულტურა მე-ს ორ განსხვავებულ წარმოდგენას აყალიბებს. ინდივიდუალისტური კულტურები მხარს უჭერენ დამოუკიდებელი მე-ს, ხოლო კოლექტივისტური კულტურები – ურთიერთდამოკიდებული მე-ს გაგებას.⁵⁴

“დამოუკიდებელი მე-ს გაგება არის დამოუკიდებლობის კულტურული მიზნის მიღწევა და მოითხოვს საკუთარი თავის განმარტებას, როგორც ინდივიდისა, რომლის ქცევა ორგანიზებულია და ძირითადად, ადამიანის საკუთარ და არა სხვების, აზრებთან, გრძნობებთან

⁵¹ ემბერი, ქ./ემბერი, მ./პერეგრინი, პ., ანთროპოლოგია. თბილისი 2009. გვ. 14.

⁵² სურმანიძე, ლ., ფსიქოლოგიური ანთროპოლოგია. რიდერი სალექციო კურსისთვის. თბილისი 2015. გვ. 4-5.

⁵³ გამსახურდია, ვ., ქართველთა ეთნიკური იდენტობის ასპექტებისა და სტრუქტურის კვლევა მოდერნულ კონტექსტში. თბილისი 2016. გვ. 80.

⁵⁴ გერიგი, რ./ზიმბარდო, ფ., ფსიქოლოგია და ცხოვრება. თბილისი 2009. გვ. 589.

და ქმედებებთან მიმართებაშინ ხდება მნიშვნელოვანი. ურთიერთ-დამოკიდებული მე-ს შემთხვევაში კი, ურთიერთდამოკიდებულების განცდა ინვევს საკუთარი თავის დანახვას, როგორც გარემომცველი სოციალური ურთიერთობის ნაწილისა და იმის აღიარებას, რომ ადამიანის ქცევა განსაზღვრულია, დამოკიდებულია, დიდწილად ორგანიზებულია იმით, თუ რას აღიქვამს მოქმედი პირი სხვების აზრებად, გრძნობებად და მოქმედებებად.⁵⁵

ერიკ ერიქსონი ამტკიცებდა, რომ სელფ-კონცეპტის (მათ შორის მე-ს) ფორმირებაზე გავლენას ახდენს არა მხოლოდ თვითრეფლექსიები, არამედ ის, ასევე, ითვალისწინებს 'სხვების' წარმოდგენას მის (პერსონის) შესახებ და საზოგადო იდეალებს/მოლოდინებს/წარმოდგენებს.⁵⁶

კრიმინალური სუბკულტურის წევრების მე-ს გააზრებისათვის აუცილებელია დავუბრუნდეთ ზემოთ განხილული კვლევის შედეგებს. კრიმინალური სუბკულტურის წევრებისთვის მე-ს ჩამოყალიბებაში დიდ როლს თამაშობს ერთნაირი პრობლემები (ინტეგრაციის პრობლემა), ერთნაირი მდგომარეობა (უმუშევრობა, ოჯახური დეზორგანიზაცია) და გარკვეული, კონკრეტული ტერიტორიით იდენტიფიცირება.

იმის მიუხედავად, რომ აშშ-ში გაბატონებულია ინდივიდუალისტური მე-ს კულტურა, სუბკულტურის წევრების შემთხვევაში კოლექტიური, ურთიერთდამოკიდებული მე-ს კონცეფციაა სახეზე, რაც არც არის გასაკვირი, ვინაიდან აქ ამ სუბკულტურის ფარგლებში შესწევთ მათ უნარი „მუდმივად მოახდინონ საკუთარი თავის აქტუალიზება, შეინარჩუნონ და განიცადოს საკუთარი თავი.“⁵⁷

სუბკულტურის მიერ ჩამოყალიბებულია ისეთი ნორმები და ღირებულებები, რომლის შესრულებაც შეუძლია მის წევრს, ეს კი შესაძლებელს ხდის, პატივისცემა და აღიარება მოიპოვოს, რაც მე-ს კონცეფციისთვის თავსებადია.

⁵⁵ იქვე.

⁵⁶ გამსახურდია, ვ., ქართველთა ეთნიკური იდენტობის ასპექტებისა და სტრუქტურის კვლევა მოდერნულ კონტექსტში. თბილისი 2016. გვ. 80.

⁵⁷ ბალიამვილი, მ., პიროვნების ფსიქოლოგიის საფუძვლები. თბილისი 2012. გვ. 141.

აქ საგულისხმოა ის გარემოებაც, რომ სუბკულტურის ნევრებს არც საკუთარი მშობლებისგან, არც მასწავლებლებისგან ან საზოგადოების სხვა ნევრებისგან არ აქვთ აღიარება. ქონი პირდაპირ მიუთითებს, რომ დაბალი ფენის მოზარდები ვერ აკმაყოფილებენ მასწავლებელთა, მზრუნველთა, პოლიციელთა და ეკლესიის მსახურთა მოთხოვნებს. შესაბამისად, სუბკულტურის ნევრები იძულებულნი არიან უგულებელყონ თავიანთი ის სუბიექტური გამოცდილება, რომელიც მის მე-ს კონცეფციასთან შეუთავსებელია.⁵⁸ თვითშეფასება მე-ს კონცეპციის ერთ-ერთი კომპონენტი. ეს არის საკუთარი მე-სადმი დადებითი ან უარყოფითი განწყობის ხარისხი. მე-ს პოზიტიური თვითშეფასებისთვის დიდი მნიშვნელობა აქვს მოზარდის დამოკიდებულებას მის მშობლებთან. დაბალი თვითშეფასების მოზარდები ცუდად სწავლობენ, ხდებიან სხვისი გავლენის ქვეშ, არ არიან საკუთარ შესაძლებლობებში დარწმუნებულნი.⁵⁹ სუბკულტურის ნევრები მე-ს ნეგატიური თვითშეფასებით უნდა ხასიათდებოდნენ, ვინაიდან ისინი დეზორგანიზებულ ოჯახებში იზრდებიან, სადაც მამა სახლში არ არის და ქალები მართავენ სახლის საქმეებს (იხ. მილერის კვლევის სიძნელეების კომპონენტი). აშშ-ში ჩატარებული კვლევა ცხადყოფს, რომ არასრულწლოვანი კანონდამრღვევები (უპირატესად, ბიჭები), როგორც წესი, არასრულყოფილი ოჯახებიდან არიან: ამგვარ ოჯახებში ხშირად არ იღებენ მამები ბიჭების ზრდის პროცესში მონაწილეობას.⁶⁰ ამგვარი უარყოფითი გამოცდილების მქონე ადამიანები დაბალი თვითშეფასებით ხასიათდებიან, საზოგადოებისაგან გარიყულად გრძნობენ თავს და მათ ნორმებსაც არ ემორჩილებიან. მათთვის კრიმინალურ სუბკულტურაში გაერთიანება და დევიაციური საქციელი მაღალი თვითშეფასების მიღწევის ალტერნატიული გზაა. (იხ.: დევიაციის მე-ს თეორია).⁶¹

⁵⁸ ბალიაშვილი, მ., პიროვნების ფსიქოლოგიის საფუძვლები. თბ. 2012. გვ. 141; ბალიაშვილი, მ., სოციალური ფსიქოლოგიის საფუძვლები. თბილისი 2010. გვ. 66.

⁵⁹ ბალიაშვილი, მ., სოციალური ფსიქოლოგიის საფუძვლები. თბილისი 2010. გვ. 66-68.

⁶⁰ ემბერი, ქ./ემბერი, მ./პერეგრინი, პ., ანთროპოლოგია. თბილისი 2009. გვ. 494.

⁶¹ ბალიაშვილი, მ., სოციალური ფსიქოლოგიის საფუძვლები. თბილისი 2010. გვ. 135-136.

4.2. მე-ს გაცნობიერება და აგრესია

მე-ს გაცნობიერების ორი სახე არსებობს: საჯარო და კერძო თვითცნობიერება. საჯარო თვითცნობიერების დროს ადამიანი ყურადღებას ამახვილებენ იმაზე, თუ როგორ აფასებენ მას სხვები, ხოლო კერძო თვითცნობიერების შემთხვევაში ყურადღება გამახვილებულია საკუთარი თავის შეფასებაზე.⁶² საჯარო მე-ს გაცნობიერება ზრდის აგრესიის ალბათობას.

კრიმინალური სუბკულტურების შემთხვევაში ადგილი აქვს საჯარო მე-ს თვითცნობიერებას, ვინაიდან სუბკულტურის წევრები იმისათვის, რომ წევრობა არ დაკარგონ, ვალდებულები არიან გაითვალისწინონ სხვების (სუბკულტურის სხვა წევრების) წარმოდგენები მასზე. შესაბამისად, სუბკულტურის წევრისთვის მნიშვნელოვანია ის, თუ როგორ აფასებს მის საქციელს სუბკულტურის სხვა წევრი. სუბკულტურული ჯგუფის წევრობა და შესაბამისად, სხვა წევრების აზრი იმდენად მნიშვნელოვანია, რომ, როგორც ტრეშერის კვლევამ აჩვენა, მოზარდს ურჩევნია უსტატუსოდ იყოს ჯგუფში, ვიდრე იყოს ჯგუფის გარეთ. ჯგუფის წევრების ასეთი გავლენა პირდაპირ აისახება ცალკეული წევრის ქცევაზე. შესაბამისად, სუბკულტურის შემთხვევაში ადგილი აქვს საჯარო მე-ს გაცნობიერებას, რაც ზრდის მისი წევრების მხრიდან აგრესიის (ძალადობის) გამოვლინების ალბათობას. ვაიტის კვლევამ დაადგინა, რომ ძალადობის გამოყენება ან ძალადობის ატანა ერთნაირად იყო მიღებული, როგორც დაბალი, ასევე საშუალო ფენის წარმომადგენლებისთვის. ქონის კვლევებმა დაადგინეს, რომ ბანდებს შორის კონფლიქტის დროს ძალადობა და სისხლისღვრა ჩვეულებრივი მოვლენა იყო. ხოლო მილერის კვლევების თანახმად, ჰომოსექსუალების მიმართ ინსტიტუციური აგრესია არსებობს და ხშირია მათზე ფიზიკური თავდასხმები.

⁶² ბალიაშვილი, მ., სოციალური ფსიქოლოგიის საფუძვლები. თბილისი 2010. გვ. 189.

4.3. მე-ს შენარჩუნება და კრიმინალური სუბკულტურა

პიროვნების შინაგანი შეთანხმებულობის ანუ კონსისტენტობის თეორია ეკუთვნის პრესკოტ ლეკის. ლეკის აზრით, „ორგანიზმი სიამოვნებას კი არ ეძებს და ტკივილს კი არ გაუზრბის, არამედ მისი მთავარი მამოძრავებელია საკუთარი მე-კონცეფციის სტრუქტურის შენარჩუნება. ადამიანი ქმნის ღირებულებათა ისეთ სისტემას, რომლის ცენტრში დგას მე-ს ღირებულება; ის ისე ალაგებს თავის ფსიქიკურ ფუნქციებს, რომ საკუთარი მე-ს სისტემის შენარჩუნება შეძლოს, შესაბამისად, საკუთარი ქცევის მე-ს კონცეფცია სახეზეა მაშინაც კი, როცა ამგვარ ქცევას გარეგანი ჯილდო არ მოაქვს.“⁶³ ქონის მიერ გამოკვლეული სუბკულტურის შემთხვევაში ადგილი აქვს დაბალი ფენის მოზარდების მიერ სუბკულტურის შექმნას, ვინაიდან ისინი ვერ აკმაყოფილებენ საშუალო ფენის წარმომადგენელთა მოთხოვნებს. ქონის მიხედვით, გადამწყვეტი არის ის, რომ მოზარდები კულტურული სისტემის საკუთარ ფორმას აყალიბებენ და ისეთ მიზნებს ისახავენ, რომელთა განხორციელებაზე კონტროლი თვითონ შეუძლიათ და, რომელიც მათ დაეხმარებათ სტატუსთან დაკავშირებული პრობლემები ნაწილობრივ მაინც აღმოფხვრან.

ქონის ამ დებულებით შეგვიძლია ვთქვათ, რომ დაბალი ფენის წარმომადგენლები, სუბკულტურის წევრები საკუთარი მე-კონცეფციის სტრუქტურის შენარჩუნებას ცდილობენ და ქმნიან ისეთ ნორმებისა და ღირებულებების სისტემას, რომელიც მათ მე-ს შენარჩუნებაში დაეხმარება.

კრიმინალურ სუბკულტურაში განწევრიანების ალბათობა იზრდება თუ მოზარდი უპერსპექტივოა. მას განათლების დონე არ აძლევს იმის შესაძლებლობას კონკურენტუნარიანი იყოს სამუშაო ბაზარზე. „კერძო და საჯარო სკოლის შედარება კერძო სკოლების უპირატესობისკენ იხრება: ნაკლები მოსწავლე კლასში, თანხის გადახდის გამო მშობლების მეტი დაინტერესება სასწავლო პროცესით და შვილის სასკოლო მოსწრებით, მასწავლებლების უკეთესი ანაზღაურება და მოტივაციის უფრო მაღალი დონე, კარგი მენეჯმენტი და ტექნიკური

⁶³ ბალიაშვილი, მ., პიროვნების ფსიქოლოგიის საფუძვლები. თბილისი 2012. გვ. 143.

თუ სასწავლო რესურსის უკეთესი ბაზა.”⁶⁴

საჯარო და კერძო სკოლის კონკურენციამ შესაძლებელია პირდაპირ იმოქმედოს მოსწავლეთა სასკოლო მოსწრებასა და კარიერულ წარმატებაზე. საჯარო სკოლადამთავრებულების დიდი ნაწილი, ვერ შეძლებს კერძო სკოლადამთავრებულებისათვის კონკურენციის განწევას და თუ მათ სახელმწიფო პროფესიულ განათლებას არ შესთავაზებს, ისინი (საჯარო სკოლადამთავრებულები) დიდი ალბათობით, ქუჩაში აღმოჩნდებიან და საკუთარი თავის აღიარებისა და დამკვიდრებისათვის კრიმინალურ სუბკულტურას შექმნიან”⁶⁵ ან მასში განვიხილავთ.

4.4. კრიმინალური სუბკულტურა, როგორც ფრუსტრაციის შედეგი

დოლარდის (Dollard, etal. 1939) მიერ ჩამოყალიბებული იქნა ფრუსტრაცია-აგრესიის ჰიპოთეზა. ამ ჰიპოთეზის თანახმად, ფრუსტრაციას მაშინ აქვს ადგილი, როდესაც ადამიანებს ხელი ეშვებათ დასახული მიზნების შესრულებაში. ფრუსტრაცია კი, თავის მხრივ, იწვევს აგრესიას. კავშირი ფრუსტრაციასა და აგრესიას შორის მრავალმა კვლევამ დაადასტურა. მეცნიერები ამ ჰიპოთეზას იყენებენ აგრესიის ასახსნელად, როგორც ინდივიდუალურ, ისე სოციალურ დონეზე.⁶⁶

სწორედ ემიგრანტთა ფრუსტრირებული მდგომარეობით შეიძლება მათ მიერ კრიმინალური სუბკულტურების ჩამოყალიბება აიხსნას. როგორც აღინიშნა, აშშ და კონკრეტულად ქალაქი ჩიკაგო გახდა ემიგრანტთა ერთ-ერთი ძირითადი სამიზნე, სადაც ისინი სახლდებოდნენ. გეტოებში მათმა დასახლებებმა, სოციალური სტრუქტურების არარსებობამ, ეკონომიკურმა სიღარიბემ, უმუშევრობამ გამოიწვია მათი უკმაყოფილება და ფრუსტრაცია, რაც თავის მხრივ სუბკულტურების ჩამოყალიბებაში გამოიხატა. სუბკულტურა მათ

⁶⁴ შალიკაშვილი, მ./მიქანაძე, გ. არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულება. მეორე გამოცემა. თბილისი 2016. გვ. 29.

⁶⁵ იქვე, გვ. 29.

⁶⁶ გერიგი, რ./ზიმბარდო, ფ., ფსიქოლოგია და ცხოვრება. თბილისი 2009. გვ. 755.

სთავაზობდათ როგორც ინდივიდუალურ დონეზე, ასევე კოლექტიურ დონეზე აგრესიის გამოვლინებას. ინდივიდუალურ დონეზე ფრუსტრირებული სუბკულტურის წევრების მიერ ხდებოდა საკუთარი სუბკულტურის წევრებზე, იერარქიულად დაბალ საფეხურზე მყოფებზე აგრესია, ძალადობა (იხ. დანართი 2, ვაიტის მიერ გამოკვლეული ნორტონის ქუჩის კუთხის ბანდის იერარქია). კოლექტიურ დონეზე კი ადგილი ჰქონდა სხვა სუბკულტურული ბანდების წინააღმდეგ აგრესიის გამოვლინებას.

ქონის სუბკულტურის თეორია პირდაპირ მიუთითებს დაბალი ფენის მოზარდების ფრუსტრირებულობაზე. ისინი ვერ ახერხებენ საშუალო ფენის მოთხოვნების დაკმაყოფილებას, რადგან მათი სოციალიზაცია ამის შესაძლებლობას არ იძლეოდა. შესაბამისად ხდებიან ფრუსტრირებულები და ქმნიან კრიმინალურ სუბკულტურებს.⁶⁷

კრიმინალური სუბკულტურის და ფრუსტრაციის საკითხი საინტერესოა ასევე დაძაბულობის თეორიების ჭრილში. „მიზნის მიღწევის ბლოკირება იწვევს ფრუსტრაციას, დაძაბულობას, ფრუსტრაციას ახლავს ემოციები, ემოციები საფუძვლად ედება ამ თუ იმ, მათ შორის, დევიაციურ აქტივობებს.“⁶⁸

4.5. კრიმინალური იდენტობა, როგორც დაბალი ფენის კულტურა

მილერის აზრით, დაბალი ფენა არის ავტონომიური, რომელსაც გააჩნია ტრადიციულად დიდი ხნის დამკვიდრებული კულტურული სისტემა. ამ ტრადიციული კულტურის ექვსი ძირითადი ასპექტი დანაშაულებრივ საქმიანობასაც მოიცავს. საკითხავია, არის თუ არა შესაძლებელი მილერის მიერ აღწერილ კულტურაში კრიმინალური იდენტობა ჩამოყალიბდეს?

მილერის თანახმად, დაბალი ფენის კულტურაში არა თუ იშვია-

⁶⁷ ბალიაშვილი, მ., სოციალური ფსიქოლოგიის საფუძვლები. თბილისი 2010. გვ. 129-130.

⁶⁸ ნადარეიშვილი, ვ., დევიაცია, დაძაბულობის თეორიები და ნონასწორობის განწყობისეული მოდელი. ჟ. “საქართველოს ფსიქოლოგიის მაცნე,” 2008. №1, გვ. 129.

თია დანაშაულებრივი ქმედება, არამედ ხშირად სტატუსის მოპოვების ერთადერთ საშუალებად გვევლინება ან კანონიერი ქმედების ალტერნატივად არის მიღებული.⁶⁹

პიროვნების „იდენტობა ყალიბდება ინდივიდის გარემოსთან სოციალური ინტერაქციის პროცესებში, რაც მას დინამიკურ და ცვალებად ხასიათს სძენს. საკუთარი იდენტობის აღქმა შეიძლება პიროვნებამ გადაიაზროს, გადააფასოს და შეცვალოს ინტრა თუ ექსტრა ფსიქიკური ფაქტორების ზეგავლენის საფუძველზე.“⁷⁰

მილერის კვლევამ დაადგინა, რომ დედა საკუთარი ქალიშვილის მეგობარს აფასებს არა იმ ცოდნით, რაც მას (კანონიერ) მიღწევებში დაეხმარება, არამედ იმ უნარ-ჩვევებით, რითაც ის სიძნელების გადალახვას შეძლებს, ეს უნარ-ჩვევები კი უკანონო, ნორმალური და მიზნის მიღწევის საშუალებაა.

იდენტობა პირდაპირ კავშირშია იმ კულტურასთან, რომლის ნევრიც პიროვნება არის.

მილერის სუბკულტურულმა კვლევამ აჩვენა, რომ კრიმინალური ბანდების წარმოიქმნას ხელს უწყობდა დაბალ ფენაში დამკვიდრებული ღირებულებები და ნორმები. სწორედ ამ კრიმინალური ღირებულებების და ნორმების დასწავლას ახდენდა მოზარდი, ვინაიდან იცოდა, რომ მისი საქციელი მოწონებული იქნებოდა როგორც სუბკულტურის მიერ, ასევე დაბალი ფენის საზოგადოებაში (იხ. ეფექტის კანონი).⁷¹ სწორედ, სოციალური და ფსიქიკური ფაქტორების ზემოქმედებით მოზარდი კრიმინალურ იდენტობას იღებს, რაც ხელს უწყობს მას, რომ დამკვიდრდეს დაბალი ფენის საზოგადოებაში. ინდივიდი ხშირად ცვლის ქცევას შეცვლილ ვითარებასთან შესაგუებლად.⁷² შესაბამისად, არ არის გამორიცხული ახალ პროცესებში სხვაგვარად იმოქმედოს კრიმინალური იდენტობის მქონე პირმა (მაგ., როგორც ტრეშერის კვლევამ დაადგინა, რომ დაოჯახების, ხოლო როგორც

⁶⁹ Haferkamp, H., Kriminalität ist normal. Zur gesellschaftlichen Produktion abweichenden Verhaltens. Enke, Stuttgart 1972. S. 56.

⁷⁰ გამასახურდია, ვ., ქართველთა ეთნიკური იდენტობის ასპექტებისა და სტრუქტურის კვლევა მოდერნულ კონტექსტში. თბილისი 2016. გვ. 23.

⁷¹ გერიგი, რ./ზიმბარდო, ფ., ფსიქოლოგია და ცხოვრება. თბილისი 2009. გვ. 242.

⁷² ემბერი, ქ./ემბერი, მ./პერეგრინი, პ., ანთროპოლოგია. თბილისი 2009. გვ. 399.

ბურგასის ქალქის ზონებად დაყოფის კვლევამ დაადგინა, სხვა ადგილას საცხოვრებლად გადასვლის შემთხვევაში გამოვიდეს სუბკულტურიდან).

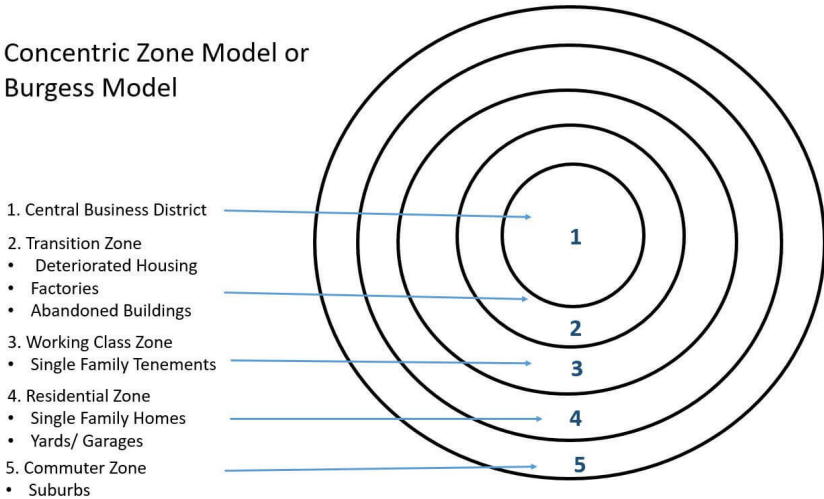
5. დასკვნა

ანთროპოლოგთა უმეტესობა კულტურას განსაზღვრავს როგორც შეთვისებული ქცევების, რწმენების, ღირებულებებისა და იდეალების ერთობლიობას, რომლებიც დამახასიათებელია კონკრეტული საზოგადოებისა და პოპულაციისათვის. მოცემულ ნაშრომში ყურადღება იქნა გამახვილებული ჩიკაგოს სოციოლოგიური სკოლის მიერ განხორციელებულ სუბკულტურულ კვლევებზე და მათ ფსიქო-ანთროპოლოგიურ ასპექტებზე.

სუბკულტურის წევრების დამოკიდებულებები განხილულ იქნა ფსიქოლოგიური კუთხით. ყურადღება იქნა გამახვილებული სუბკულტურის წევრის მე-ს და იდენტობის ჩამოყალიბების საკითხზე.

დანართი 1.

Concentric Zone Model or Burgess Model



კონცენტრული ზონის მოდელი ან ბურგესის მოდელი

1. ცენტრალური ბიზნეს ოლქი

2. გარდამავალი ზონა

გაუარესებული საცხოვრებელი პირობები
ქარხნები

მიტოვებული შენობები

3. მუშათა კლასის ზონა

ცალკე გამოყოფილი საოჯახო ბინები

4. საცხოვრებელი ზონა

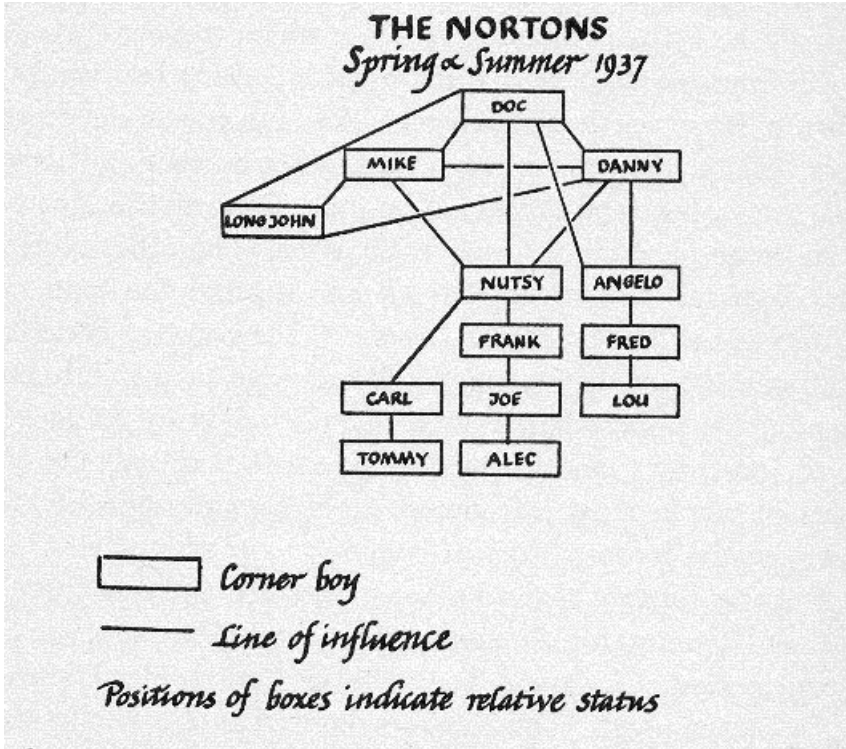
ცალკე გამოყოფილი საოჯახო სახლები

ეზოები / ავტოფარეხები

5. საკომუნიკაციო ზონა

გარეუბნები

დანართი 2.



ვაიტი (Whyte), 1937

ქუჩის კუთხის საზოგადოება

კუთხის ბიჭები

ბიჭების პოზიცია განსაზღვრავს მათ სტატუსს.

თამარ სადრაძე

სამართლის დოქტორი, დავით აღმაშენებლის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის პროფესორი, ივ. ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის მონვეული ლექტორი, სსიპ საქართველოს ადვოკატთა ასოციაციის საპარლამენტო მდივანი

სისხლის სამართლის საპროცესო უზრუნველყოფის ღონისძიების სახით ყადაღის გამოყენების პრობლემური საკითხები

საკუთრების უფლება საქართველოს კონსტიტუციის მე-19 მუხლით აღიარებული და დაცული უფლებაა. სახელმწიფო იცავს პირს მის საკუთრებაში უკანონო ჩარევისა და ამ უფლების ხელყოფისგან. თუმცა, სამუხაროდ, არის შემთხვევები, როცა კანონი თვითონ შეიძლება გახდეს პირის საკუთრების უფლების შემლახავი და დაარღვიოს კონსტიტუციის მე-4 მუხლის მე-2 პუნქტის არსი, რომლის მიხედვითაც სახელმწიფო ცნობს და იცავს საყოველთაოდ აღიარებულ ადამიანის უფლებებსა და თავისუფლებებს, როგორც წარუვალ და უზენაეს ადამიანურ ღირებულებებს.

სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის (შემდგომში - სსსკ) 151-ე მუხლის პირველი ნაწილის მიხედვით, სისხლის სამართლის საპროცესო იძულების ღონისძიების, ქონების შესაძლო ჩამორთმევის უზრუნველსაყოფად სასამართლოს შეუძლია მხარის შუამდგომლობის საფუძველზე ყადაღა დაადოს ბრალდებულის, მისი მოქმედებისათვის მატერიალურად პასუხისმგებელი პირის ან/და მასთან დაკავშირებული პირის ქონებას, მათ შორის, საბანკო ანგარიშებს, თუ არსებობს მონაცემები, რომ ქონებას გადაამალავენ ან დახარჯავენ ან/და ქონება დანაშაულებრივი გზით არის მოპოვებული.

20.02.1998 წლის სსსკ-ის 190-ე მუხლის მიხედვით ქონებაზე ყადაღის დადების მიზანი და საფუძველი იყო შემდეგი:

1. სარჩელის, სისხლის სამართლის საპროცესო იძულების ღონისძიების, ქონების შესაძლო ჩამორთმევის უზრუნველყოფა.

2. სსსკ-ის 323-ე-330-ე და 331¹ მუხლებით გათვალისწინებული ერთ-ერთი დანაშაულის ან სხვა განსაკუთრებით მძიმე დანაშაულის მომზადებისას, აგრეთვე მათი აღკვეთის უზრუნველსაყოფად, თუ

არის საკმარისი მონაცემები, რომ ეს ქონება გამოყენებული იქნება დანაშაულის ჩასადენად.

3. თუ არის საკმარისი მონაცემები, რომ ეს ქონება რეკეტულია ან ქურდული სამყაროს წევრის ქონებაა.

დღეის მდგომარეობით კი სსსკ-ის 151-ე მუხლის მიხედვით, ყადაღის გამოყენებისთვის მიზანი და საფუძველი შემდეგია:

სისხლის სამართლის საპროცესო იძულების ღონისძიების, ქონების შესაძლო ჩამორთმევის უზრუნველსაყოფად სასამართლოს შეუძლია მხარის შუამდგომლობის საფუძველზე ყადაღა დაადოს ბრალდებულის, მისი მოქმედებისათვის მატერიალურად პასუხისმგებელი პირის ან/და მასთან დაკავშირებული პირის ქონებას, მათ შორის, საბანკო ანგარიშებს, თუ არსებობს მონაცემები, რომ ქონებას გადამალავენ ან დახარჯავენ ან/და ქონება დანაშაულებრივი გზით არის მოპოვებული. თუ არსებობს მონაცემები, რომ ქონება დანაშაულებრივი გზით არის მოპოვებული, მაგრამ მისი მოძიება ვერ ხერხდება, სასამართლო უფლებამოსილია ყადაღა დაადოს ამ ქონების ეკვივალენტური ღირებულების ქონებას. ამ ნაწილში მითითებული პირობების არსებობისას, თუ ბრალდებული თანამდებობის პირია, პროკურორი ვალდებულია სასამართლოს წინაშე დააყენოს შუამდგომლობა თანამდებობის პირის ქონებაზე, მათ შორის, საბანკო ანგარიშებზე, ყადაღის დადების, აგრეთვე თანამდებობის პირის მიერ სახელმწიფოს სახელით დადებული ხელშეკრულებებით ნაკისრი ვალდებულებების შესრულების შეჩერების ან სარჩელის უზრუნველყოფის სხვა ღონისძიებების განხორციელების თაობაზე.

ამ კოდექსით გათვალისწინებულ ქონებაზე ყადაღის დადება ასევე გამოიყენება საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსის 323-ე-330-ე და 331¹ მუხლებით გათვალისწინებული ერთ-ერთი დანაშაულის ან სხვა განსაკუთრებით მძიმე დანაშაულის მომზადებისას, აგრეთვე მათი აღკვეთის უზრუნველსაყოფად, თუ არსებობს საკმარისი მონაცემები, რომ ეს ქონება გამოყენებული იქნება დანაშაულის ჩასადენად.

სასამართლოს შეუძლია ასევე ყადაღა დაადოს ქონებას, თუ არსებობს საკმარისი მონაცემები, რომ ეს კორუფციული, რეკეტული,

„ქურდული სამყაროს“ წევრის/„კანონიერი ქურდის“ ან საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსის 194-ე მუხლის მე-3 ნაწილის „გ“ ქვეპუნქტით გათვალისწინებული დანაშაულისათვის მსჯავრდებული პირის ქონება ან/და ამ ქონების მიმართ ჩადენილია დანაშაული ან/და იგი დანაშაულებრივი გზით არის მოპოვებული.

სსსკ-ის 151-ე მუხლის პირველი ნაწილის მიხედვით, ნორმის სუბიექტს წარმოადგენს ბრალდებული, მისი მოქმედებისათვის მატერიალურად პასუხისმგებელი პირი ან/და მასთან დაკავშირებული პირი.

ბუნდოვანია, თუ რა იგულისხმა კანონმდებელმა, როდესაც ბრალდებულის გარდა შესაძლებელი გახადა ბრალდებულის ქმედებაზე პასუხისმგებელი პირის ან/და მასთან დაკავშირებული პირის ქონებაზე ყადაღის დადება. ბრალდებულთან დაკავშირებული პირის ქმედებაზე ყადაღის დადების კონსტიტუციურობაზე იმსჯელა **საკონსტიტუციო სასამართლომ და 2016 წლის 18 აპრილის №2/1/631 გადაწყვეტილებით** კონსტიტუციურად ცნო აღნიშნული ჩანაწერი. საკონსტიტუციო სასამართლომ განმარტა, რომ დაკავშირებული პირის ცნებას განსაზღვრავს საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის 356¹ მუხლის „კ“ ქვეპუნქტი.¹ თუმცა მიუხედავად საკონსტიტუციო სასამართლოს მიერ აღნიშნული ჩანაწერისა, მიმართა, რომ ბრალდებულთან დაკავშირებული პირის ცნება ისევე ბუნდოვანია სისხლის სამართლის მიზნებისთვის, როგორც ბრალდებულის ქმედებაზე პასუხისმგებელი პირის ცნება. მართალია, სამოქალაქო საპროცესო კოდექსი აკეთებს განმარტებას, თუმცა უნდა ითქვას, რომ არის შემთხვევები, როცა სამოქალაქო და სისხლის სამართალი ერთსა და იმავე ცნებას სხვადასხვაგვარად მარტავს. ამის კარგი მაგალითია ოჯახის ცნება, რომელიც სამოქალაქო სამართლისთვის სხვაგვარად განიმარტება, სისხლისსამართლებრივად კი განქორწინებული მეუღლეც კი ოჯახის წევრად მიიჩნევა.² აღნიშნული მიუთითებს იმ გარემოებაზე, რომ სადავო ტერმინებისა და ცნებების განმარტება

¹ იხ. საკონსტიტუციო სასამართლოს 2016 წლის 18 აპრილის №2/1/631 გადაწყვეტილება.

² იხ. სისხლის სამართლის კოდექსის 111-ე მუხლი და 1261-ე მუხლი.

უნდა ხდებოდეს სისხლის სამართლის საპროცესო კანონმდებლობის მიზნებისა და ამოცანების შესაბამისად.

სამოქალაქო საპროცესო კოდექსი განმარტავს დაკავშირებულ პირის ცნებას, თუმცა ამ განმარტებაში პირდაპირ ჩანს, რომ კანონმდებელი „მასთან დაკავშირებულ პირად“ მსჯავრდებულ პირთან დაკავშირებულ პირს მოიხსენიებს და არა ბრალდებულთან. **სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის 151-ე მუხლი კი ბრალდებულთან დაკავშირებულ პირზე საუბრობს, რაც მიუთითებს იმას, რომ სამოქალაქო მიზნებისთვის გამამტყუნებელი განაჩენის არსებობა არის აუცილებელი წინაპირობა, აღნიშნული კი საერთოდ არ გვხვდება 151-ე მუხლში. გარდა ამისა, სამოქალაქო საპროცესო მიზნებისთვის მას აქვს გამარტივებული წარმოების მიზნებისთვის დანიშნულება, ხოლო სისხლის საპროცესო მიზნები საპროცესო იძულების ღონისძიების განხორციელებას - ქონების შესაძლო ჩამორთმევის უზრუნველყოფას ემსახურება ამ ნორმით.** მასთან დაკავშირებული პირის ცნება სამოქალაქო მიზნებისთვის სხვაგვარია და იგი სამოქალაქო წესით მოსარჩელისთვის სასარჩელო მოთხოვნას ემსახურება. ასევე, სამოქალაქო საპროცესო კანონმდებლობით განმარტებულია, რომ ამ პირს საკუთრებაში უნდა ჰქონდეს სადავო ქონება და საფუძვლიანი ექვნი უნდა იყოს სახეზე, რომ ჩამოთვლილი დანაშაულების შედეგადაა მოპოვებული ან დანაშაულებზე მსჯავრდებული პირის მიერაა დანაშაულებრივი გზით მოპოვებული. კანონმდებელი სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის ამგვარი დასაბუთების სტანდარტისთვის იყენებს საფუძვლიანი ექვის სტანდარტს, აღნიშნული სტანდარტი კი სისხლის სამართლის კანონმდებლობაში აღარ არსებობს. საფუძვლიანი ექვის სტანდარტი გვექონდა 2009 წლამდე მოქმედი სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსით, რაც გულისხმობდა პირის ექვმიტანილად ცნობისთვის საკმარის საფუძველს, თუმცა დღეს მოქმედი საპროცესო კოდექსი მსგავს სტანდარტს არ იცნობს, შესაბამისად, დგება მისი განმარტების საკითხი. საკონსტიტუციო სასამართლოს შეეძლო გამოეყენებინა ისტორიული განმარტების მეთოდი და დაკავშირებული პირის ცნება ამოეკითხა 2009 წლამდე მოქმედ სისხლის საპროცესო კოდექსში, რომლის 44-ე მუხლის 212-ე ნაწილში მითითებული

იყო, რომ დაკავშირებული პირი ესაა პირი, რომელსაც იურიდიული დოკუმენტაციის საფუძველზე საკუთრებაში აქვს ქონება და არსებობს საკმარისი მტკიცებულებები, რომ იგი მიღებულია ეჭვმიტანილის, ბრალდებულის ან განსასჯელის დანაშაულებრივი ქმედების შედეგად და ამ ქონებით სარგებლობს ეჭვმიტანილი, ბრალდებული ან განსასჯელი.

სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის 151-ე მუხლში მოცემულია მონაცემების ერთობლიობის სტანდარტი. საკონსტიტუციო სასამართლომ ზემოაღნიშნულ გადაწყვეტილებაში მოცემულ საკითხზეც იმსჯელა, აღნიშნული ჩანაწერიც კონსტიტუციურად მიიჩნია და იგი განმარტების გზით გაუთანაბრა დასაბუთებული ვარაუდის სტანდარტს. თუმცა საინტერესოა რეალურად რამდენად უთანაბრდება მონაცემების ერთობლიობა დასაბუთებული ვარაუდის სტანდარტს. პირველ რიგში, ეს ორი ტერმინი იდენტურ შინაარსს რომ გამოხატავდეს, კანონმდებელი მას ორი სხვადასხვა ტერმინით არ მოგვცემდა. ასევე, დასაბუთებული ვარაუდის სტანდარტი განმარტებულია სსსკ-ის მე-3 მუხლში მე-11 ნაწილში, რომლის მიხედვითაც დასაბუთებული ვარაუდი ფაქტების ან ინფორმაციის ერთობლიობას გულისხმობს, თუმცა მოცემულ ნორმაში არაა საუბარი მონაცემების ერთობლიობის შესახებ. გამომდინარე იმ მოცემულობიდან, რომ დასაბუთებული ვარაუდის სტანდარტი სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსში არის მინიმალური სახელმძღვანელო სტანდარტი, შეგვიძლია, დავასკვნათ, რომ მონაცემების ერთობლიობის სტანდარტი გულისხმობს დასაბუთებული ვარაუდისგან განსხვავებულ, თუმცა არა მასზე მცირე, არამედ მასზე მაღალ სტანდარტს.

საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლომ 29.04.2020 წლის საოქმო ჩანაწერით #2/4/1466 არსებითად განსახილველად მიიღო #1466 კონსტიტუციური სარჩელი („მიხილ ნოზაძე საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ“) სასარჩელო მოთხოვნის იმ ნაწილში, რომელიც შეეხება საქართველოს სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის 151-ე მუხლის მე-3 ნაწილის სიტყვების „ან/და ამ ქონების მიმართ ჩადენილია დანაშაული ან/და იგი დანაშაულებრივი გზით არის მოპოვებული“ კონსტიტუციურობას საქართველოს კონსტიტუ-

ციის მე-19 მუხლის პირველ და მე-2 პუნქტებთან მიმართება.³ მოცემული საოქმო ჩანაწერის პარაგრაფებში №5, 6, 7, 8, 9 ვკითხულობთ:

„5. კონსტიტუციური სარჩელიდან ირკვევა, რომ მოსარჩელის საკუთრებაში არსებულ უძრავ ქონებას ახალციხის რაიონული სასამართლოს განჩინების საფუძველზე დაედო ყადაღა. მოსამართლე გადაწყვეტილების მიღებისას დაეყრდნო სადავო ნორმას და განმარტა, რომ ქონება შესაძლოა, მოპოვებული იყო დანაშაულებრივი გზით ან/და მის მიმართ ჩადენილი იყო დანაშაული. თბილისის სააპელაციო სასამართლოს საგამოძიებო კოლეგიამ გაიზიარა ახალციხის რაიონული სასამართლოს არგუმენტაცია და გასაჩივრებული განჩინება ძალაში დარჩა.

6. მოსარჩელე მხარე აღნიშნავს, რომ იგი არის უძრავი ქონების კეთილსინდისიერი შემძენი და არ აქვს კავშირი ჩადენილ დანაშაულთან. იგი მიმდინარე სისხლის სამართლის საქმეზე არ წარმოადგენს ბრალდებულ ან მსჯავრდებულ პირს. მოსარჩელის განმარტებით, სადავო ნორმა მხარის შუამდგომლობის საფუძველზე უშვებს ყადაღის დადებას იმ ქონებაზე, რომელიც დანაშაულებრივი გზით არის მოპოვებული, თუმცა მის მესაკუთრეს იგი დანაშაულებრივი გზით არ მოუპოვებია. აღნიშნული კი, მოსარჩელის თქმით, უხეშად არღვევს საკუთრების კონსტიტუციურ უფლებას.

7. მოსარჩელის განმარტებით, პირის ქონებაზე ყადაღის დადებისთვის აუცილებელია მის მიერ დანაშაულებრივი გზით მოპოვებული ქონების შექმნა, სარგებლობა ან ფლობა ხდებოდეს განზრახვით. სადავო ნორმა კი ყადაღის დადების შესაძლებლობას ითვალისწინებს ისეთი პირის ქონებაზე, რომელსაც არათუ ამგვარი განზრახვა აქვს, არამედ არც კი იცის ქონების დანაშაულებრივი გზით მოპოვების შესახებ.

8. მოსარჩელე აღნიშნავს, რომ ქონებაზე ყადაღის დადების მიზანი მისი შემდგომი ჩამორთმევაა. კეთილსინდისიერი შემძენის ქონების დაყადაღება კი მისი შემდგომი ჩამორთმევის მიზნით, მოსარჩელის მტკიცებით, სასჯელის ინდივიდუალიზაციის პრინციპს ვერ აკმაყოფ

³ საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 29.04.2020 წლის საოქმო ჩანაწერი №2/4/1466.

ფილებს. მოსარჩელე აღნიშნავს, რომ ქონების ჩამორთმევა, როგორც სასჯელი, უშუალოდ ბრალდებულის/მსჯავრდებულის მიმართ უნდა იყოს მიმართული და არა იმ პირის მიმართ, რომელსაც კავშირი არ აქვს ჩადენილ დანაშაულთან.

9. მოსარჩელე განმარტავს, რომ სადავო რეგულაცია ლეგიტიმური მიზნის გარეშე ახდენს ჩარევას კეთილსინდისიერი შემძენის საკუთრების უფლებაში. ვინაიდან, მოსარჩელის განმარტებით, კეთილსინდისიერი შემძენი არის პირი, რომელსაც არანაირი კავშირი არ აქვს ქონების დანაშაულებრივი გზით მოპოვებასთან, მისი მხრიდან ვერც ის საფრთხეები იარსებებს, რომლის აღმოფხვრისკენაც არის მიმართული ყადაღის ინსტიტუტი.⁴ შესაბამისად, დღეის მდგომარეობით, სასამართლო მსჯელობს აღნიშნული პრობლემის გარშემო და საინტერესოა, რა დასკვნამდე მივა იგი.

საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლომ 29.04.2020 წლის საოქმო ჩანაწერით #2/1/1434 არსებითად განსახილველად მიიღო #1434 კონსტიტუციური სარჩელი („ოთარ მარშავა საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ“) მოცემულ სარჩელშიც ანალოგიური საკითხია დასმული.⁵

საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლომ იმსჯელა კონსტიტუციური სარჩელზე #1269 და არ მიიღო არსებითად განსახილველად. მოცემულ სარჩელის განხილვისას სასამართლოს წინაშე წარდგენილ იქნა საქართველოს გენერალური პროკურატურის პოზიცია. მოცემული პოზიციის მიხედვით, საკონსტიტუციო გადაწყვეტილების პარაგრაფებში №13, 14, 15 მსჯელობა შემდეგია:

„13. საქართველოს მთავარი პროკურატურის წარმომადგენელმა ერთმანეთისაგან გამიჯნა საქართველოს სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის 151-ე მუხლის პირველი და მე-3 ნაწილების რეგულირების სფერო. მოწმემ აღნიშნა, რომ საქართველოს სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის 151-ე მუხლის პირველი ნაწილი არის სპეციალური ნორმა. დასახელებული დებულების საფუძველზე ყადაღის

⁴ საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 29.04.2020 წლის საოქმო ჩანაწერი №2/4/1466.

⁵ საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 29.04.2020 წლის საოქმო ჩანაწერი №2/1/1434.

დადება დასაშვებია მხოლოდ ბრალდებულის, მისი მოქმედებისათვის მატერიალურად პასუხისმგებელი ან/და მასთან დაკავშირებული პირის ქონებაზე, თუკი არსებობს დასაბუთებული ვარაუდი, რომ ამ ქონებას გადამალავენ ან დახარჯავენ ან/და ქონება დანაშაულებრივი გზითაა მოპოვებული. ხოლო საქართველოს სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის 151-ე მუხლის მე-3 ნაწილი შედარებით ფართო ხასიათისაა. ის არ განსაზღვრავს სუბიექტთა წრეს, შესაბამისად, ყადაღას შესაძლებელია დაექვემდებაროს ნებისმიერი პირის ქონება, თუკი არსებობს დასაბუთებული ვარაუდი, რომ ამ ქონების მიმართ დანაშაულია ჩადენილი ან/და იგი დანაშაულებრივი გზითაა მოპოვებული. ამასთან, მოწმემ განმარტა, რომ ორივე ზემოხსენებული დებულებით გათვალისწინებული ყადაღის გამოყენების მიზანი ქონების შესაძლო ჩამორთმევის უზრუნველყოფაა და არა დანაშაულებრივი ქმედებით მიყენებული ზიანის ანაზღაურება. შესაბამისად, ყადაღას ექვემდებარება მხოლოდ ის ქონება, რომლის ჩამორთმევის შესაძლებლობა დადასტურებული იქნება დასაბუთებული ვარაუდის სტანდარტით.

14. დამატებით, მოწმემ განმარტა ქონების ჩამორთმევის საკანონმდებლო მექანიზმები. თამარ მესხიამ მიუთითა, რომ საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსის 52-ე მუხლით გათვალისწინებული ქონების ჩამორთმევის საფუძველი სრულად მიემართება მსჯავრდებულს, ხოლო მსჯავრდებულთან დაკავშირებული პირის ქონების ჩამორთმევის საკითხს არეგულირებს საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის შესაბამისი დებულებები. ამდენად, სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსით დადგენილი ყადაღა ემსახურება როგორც სისხლის სამართლის კოდექსით, ასევე, სამოქალაქო საპროცესო კოდექსით განსაზღვრული ქონების ჩამორთმევის უზრუნველყოფას.

15. მოწმემ კეთილსინდისიერი შემძენის ქონებაზე ყადაღის დადების სამართლებრივ საფუძვლად საქართველოს სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის 151-ე მუხლის მე-3 ნაწილი დაასახელა. მთავარი პროკურატურის წარმომადგენელმა ხაზგასმით მიუთითა, რომ, ერთი მხრივ, როდესაც არსებული მტკიცებულებებით ცალსახა

პირის კეთილსინდისიერების ფაქტი ქონების მიმართ, მაშინ ქონებაზე ყადაღის დადება საფუძველს მოკლებულია, ვინაიდან ასეთი ქონება ჩამორთმევას არ ექვემდებარება. მეორე მხრივ, გამოძიების ეტაპზე ყოველთვის არ არის ცხადი პირის კეთილსინდისიერებისა და დანაშაულთან მისი სავარაუდო შემხებლობის საკითხი. ამასთან, სისხლის სამართლის პროცესის ამ ეტაპზე ყადაღის ინსტიტუტის მოქნილობის გამო, სადავო ნორმა პროკურატურას არ ავალდებულებს, გონივრულ ეჭვს მიღმა სტანდარტით გამოიკვლიოს პირის კეთილსინდისიერება დასაყადლებელ ქონებასთან მიმართებით. მთავარია, დასაბუთებული ვარაუდის სტანდარტით დადასტურდეს ხსენებული სუბიექტისათვის ქონების შესაძლო ჩამორთმევა, რაც მოიცავს ქონების მესაკუთრის კეთილსინდისიერების შეფასების საკითხსაც. თუმცა შესაძლებელია, ყადაღის დადების დროს არსებული ეჭვი არაკეთილსინდისიერების თაობაზე, საბოლოოდ არ დადასტურდეს. კერძოდ, აღმოჩნდეს, რომ დასახელებულ პირს არ აქვს შემხებლობა დანაშაულთან და იგი დაყადლებული ქონების კეთილსინდისიერი შემძენია.⁶

საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლომ 2016 წლის 18 აპრილის #2/1/631 გადაწყვეტილებაში მიუთითა, რომ „სადავო ნორმის მიხედვით ბრალდებულის ქონებას ყადაღა შეიძლება დაედოს მხოლოდ სისხლის სამართლის საპროცესო იძულების ღონისძიების, ქონების შესაძლო ჩამორთმევის უზრუნველყოფის მიზნით. 1998 წლის 20 თებერვლის სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსისგან განსხვავებით, მოქმედი სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსი არ ითვალისწინებს სამოქალაქო დავების განხილვას სისხლის სამართალწარმოების ფარგლებში და არ ითვალისწინებს მიყენებული ზიანის ანაზღაურების უზრუნველყოფის ინსტიტუტს.“⁷

სამწუხაროდ, მიუხედავად ზემოაღნიშნული განმარტებისა, საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლომ შეფასების გარეშე დატოვა ის მოცემულობა, რომ დღეს მოქმედი სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის 151-ე მუხლის ჩანაწერი ფაქტობრივად დაფუძნებ-

⁶ იხ. საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 27.07.2018 წლის განჩინება №2/16/1269, პარაგრაფი 13,14,15.

⁷ საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 18.04.2016 წლის №2/1/631 გადაწყვეტილება.

ულია 2009 წლამდე მოქმედი საპროცესო კოდექსის სულისკვეთებაზე, როდესაც დაზარალებული პირი წარმოადგენდა მხარეს და როდესაც სისხლის სამართალწარმოებასთან ერთად იხილებოდა სამოქალაქო სამართალწარმოების საკითხებიც. აღნიშნულს ნათლად ადასტურებს კანონის ჩანაწერიც, რომ ყადაღის დადების შესახებ შუამდგომლობით მიმართვის უფლება აქვთ მხარეებს. დღეის მოცემულობით სსსკ-ის მე-3 მუხლი განმარტავს, რომ სისხლის სამართალწარმოებას ჰყავს ორი მხარე, ესენია ბრალდებისა და დაცვის მხარე. დაცვის მხარის მხრიდან მსგავსი შუამდგომლობის დაყენება სამართლებრივი ნონ-სენსია, შესაბამისად, რეალურად რჩება მხოლოდ ბრალდების მხარე და არანაირი „მხარეები“. ძველი საპროცესო კოდექსის მიხედვით ყადაღის დადების მიზანი და საფუძველი სხვა მოცემულობასთან ერთად, აგრეთვე, იყო სამოქალაქო სარჩელისა უზრუნველყოფა. დღეის მდგომარეობით მსგავსი მიზანი კანონში აღარ არსებობს, თუმცა, ნორმის მორგება ვერ მოხდა არსებულ სინამდვილესთან.

საკონსტიტუციო სასამართლომ 2016 წლის 18 აპრილის #2/1/631 გადაწყვეტილებით კონსტიტუციურად ცნო ბრალდებულთან დაკავშირებული პირის ქონებაზე ყადაღის დადების შესაძლებლობა და აღნიშნული განმარტა სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის მიზნებისთვის გამოყენებული ნორმის საფუძველზე. საკონსტიტუციო სასამართლოს არ უმსჯელია საკითხზე, ვინ შეიძლება იყოს ბრალდებულის ქმედებაზე მატერიალურად პასუხისმგებელი პირი, რადგან ამ საკითხზე საკონსტიტუციო სარჩელში არ იყო მოთხოვნა, საკონსტიტუციო სასამართლო კი მოთხოვნის ფარგლებს ვერ გასცდებოდა, თუმცა იბადება ლოგიკური კითხვა, სად გადის ზღვარი ბრალდებულთან დაკავშირებულ და მის ქმედებაზე პასუხისმგებელი პირს შორის? სავარაუდოდ, მის ქმედებაზე პასუხისმგებელ პირში შესაძლოა არასრულწლოვნის კანონიერი წარმომადგენელი იგულისხმებოდეს, თუმცა მიჯნის გავლება მათ შორის რთულია.

ასევე, ძალიან პრობლემურია საკითხი, თუ რა მოცულობით უნდა იქნას დაყადაღებული დაკავშირებული პირის ქონება და იმ შემთხვევაში, თუ ამით ზიანი მიადგება დაყადაღებული ქონების მესაკუთრეს, როგორ უნდა მოხდეს ზიანის ანაზღაურება. ამ საკითხთან დაკავშირე-

ბით საკონსტიტუციო სასამართლომ იმავე გადანყვეტილებაში პარაგრაფებში 45 და 46 განმარტა:

„45. მოსარჩელის წარმომადგენელი არასწორად აყენებს ასევე მესაკუთრისათვის ქონების დაყადალებით მიყენებული ზიანის ანაზღაურების საკითხსაც. კერძოდ, მოსარჩელის წარმომადგენელი ყურადღებას ამახვილებს იმ გარემოებაზე, რომ პირს, რომელმაც სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის 151-ე მუხლის თანახმად ქონების დაყადალების შედეგად ზიანი განიცადა, არ შეუძლია სამოქალაქო სამართალწარმოების გზით აღიდგინოს პირვანდელი მდგომარეობა და აღნიშნულ საკითხს იხილავს ქონების მესაკუთრესა და ბრალდებულ პირს შორის დელიქტური და სახელშეკრულებო ვალდებულების ქრილში. შედეგად, მიდის დასკვნამდე, რომ გამოირიცხება გამართლებული პირის მიერ მიყენებული ზიანის ანაზღაურების ვალდებულება მიზეზობრივი კავშირის არ არსებობის და იმის გამო, რომ ქონება, რომელიც დაექვემდებარა ყადაღას, დანაშაულთან კავშირში არ ყოფილა. აღნიშნული მსჯელობა ემყარება მოსარჩელის წარმომადგენლის მიერ საკითხის არსებითად არასწორად განმარტებას, ვინაიდან სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსი ზიანის ანაზღაურების ვალდებულებას აკისრებს არა ბრალდებულს, არამედ სახელმწიფოს.

46. სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის 92-ე მუხლი ადგენს ზიანის ანაზღაურების უფლების ზოგად საფუძველს და განსაზღვრავს მისი ანაზღაურების წესს სამოქალაქო/ადმინისტრაციული კანონმდებლობის შესაბამისად. კონსტიტუციურ სარჩელში სადავოდ არ არის გამხდარი არც სსსკ 92-ე მუხლის რომელიმე ნორმატიული შინაარსი და არც სამოქალაქო თუ ადმინისტრაციული კანონმდებლობის შესაბამისი ნორმები.“⁸ საკონსტიტუციო სასამართლომ სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის 92-ე მუხლზე მიუთითა, თუმცა იმისათვის, რომ საპროცესო მოქმედებების გამო ზიანის ანაზღაურება დადგეს, ჯერ ეს მოქმედებები უნდა იქნას აღიარებული უკანონოდ, რაც, რა თქმა უნდა, უზღუდავს მესამე პირს მოთხოვნის უფლებას.

⁸ იხ. საკონსტიტუციო სასამართლოს 2016 წლის 18 აპრილის №2/1/631 გადანყვეტილება, პარაგრაფი 45, 46.

სისხლის სამართლის საქმეზე გამოძიება ან/და სასამართლოში საქმის განხილვა შესაძლოა დროში გაინელოს, ამ პერიოდის განმავლობაში კი ზიანი ნამდვილად მიიღოს პირმა, ვის ქონებასაც ყადაღა დაედო, თანაც სისხლის საპროცესო წესის ყადაღა სამოქალაქო საპროცესო წესით დადებული ყადაღისგან იმითაც განსხვავდება, რომ ამ დროს შესაძლოა პირს აეკრძალოს არა მარტო განკარგვის, არამედ სარგებლობის შესაძლებლობაც. ამიტომაც მნიშვნელოვანია განისაზღვროს მოცულობა, თუ რა მოცულობით შეიძლება დაედოს პირის ქონებას ყადაღა და შეზღუდვის გონივრული ფარგლები და ვადები.

გარდა ზემოთ მოცემული პრობლემებისა, პრობლემა იკვეთება ასევე სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის **157-ე მუხლის მე-5 ნაწილში, კერძოდ**, თუ საკუთრება დანაშაულებრივი გზით მოპოვებული სახსრებით არის შეძენილი ან გაზრდილი, ყადაღა შეიძლება დაედოს **მთელ ქონებას ან მის მეტ წილს**. ყადაღა ედება ბრალდებულის, მისი ოჯახის წევრის, **ახლო ნათესავის, დაკავშირებული პირის ან/და რეკეტული დაჯგუფების ქონებას (მათ შორის, იურიდიული პირისა და მისი შვილობილი კომპანიების ქონებას), მიუხედავად ბრალდებულის წილისა ამ ქონებაში**, თუ არსებობს საკმარისი მტკიცებულებები, რომ ეს ქონება ან მისი ნაწილი რეკეტულია. ზოგადად, ადამიანის უფლებებში ჩარევისას სახელმწიფო ყოველთვის უნდა ხელმძღვანელობდეს თანაზომიერების პრინციპის დაცვით, რაც გულისხმობს იმას, რომ კანონმდებლის მიერ ნებისმიერი შეზღუდვის დაწესებისას, მით უმეტეს სისხლის სამართალში, რომელიც თავისი სიახლოვით ყველაზე ახლოსაა ადამიანის კონსტიტუციური უფლებისა და თავისუფლების შეზღუდვასთან, უნდა არსებობდეს ლეგიტიმური საჯარო მიზანი. ეს მიზანი უნდა იყოს გამოსადეგი და აუცილებელი იმისათვის, რომ აღნიშნული გზით მიღწეულ იქნეს შედეგი და, რაც უმნიშვნელოვანესია, ეს უნდა იყოს შეზღუდვის პროპორციული.

საკონსტიტუციო სასამართლო მსჯელობისას დაეყრდნო სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის ნორმებს, შესაბამისად, გაუგებარია, რატომ არ შეიძლება ამ შემთხვევაშიც გამოვიყენოთ სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის 196¹-ე მუხლის პირველი ნაწილის დათქმა, რომ

ყადაღადადებული ქონების ღირებულება არსებითად არ უნდა აღემატებოდეს სარჩელის ფასს, გარდა იმ შემთხვევისა, როცა მოპასუხე ერთადერთი ნივთის მესაკუთრეა. აღნიშნულ შემთხვევაში გასათვალისწინებელია ის გარემოება, რომ ყადაღა არა მარტო ბრალდებულის ქონებას შეიძლება დაედოს, არამედ ბრალდებულთან დაკავშირებული და მის ქმედებაზე პასუხისმგებელი პირის ქონებასაც. მართალია, ნორმას აქვს ლეგიტიმური მიზანი, თუმცა აღნიშნული შეზღუდვა ზედმეტად მზლუდავი შინაარსისაა, რაც მიუთითებს იმაზე, რომ იგი ვერ აკმაყოფილებს თანაზომიერების პრინციპის მოთხოვნებს და ლახავს კონსტიტუციით აღიარებულ პირის უფლებებსა და თავისუფლებებს. მართალია ამ დროს საჯარო ინტერესი მართლაც დიდია, თუმცა საჯარო ინტერესის არსებობა არ იძლევა იმის დასაბუთებას, რომ შესაძლებელი იყოს საკუთრების უფლების ხელყოფა. ამ პრობლემას ვაწყდებით, ასევე, იურიდიულ პირებთან მიმართებით, სადაც, თანახმად სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის 157-ე მუხლის მე-5 ნაწილისა, ქონებაზე ყადაღის დადებისას ყურადღება არ ექცევა ბრალდებულის წილს მოცეულ ქონებაში, ე.ი. შეზღუდვას ექვემდებარება სრული წილი, ყველა მესაკუთრის წილი და არა მხოლოდ ბრალდებულის კუთვნილი წილის, რაც სხვა მენილეთა უფლებების შეზღუდვას გულისხმობს. ამ ყველაფრის შემდგომ კი იბადება კითხვა, თუ უფრო მეტი ღირებულების ქონებას დაედო ყადაღა, შემდგომში გამამტყუნებელი განაჩენის არსებობის შემთხვევაში შესაძლებელი იქნება მისი ჩამორთმევა? ამ კითხვაზე პასუხს იძლევა სსკ-ის 52-ე მუხლის მე-3 ნაწილი, რომელშიც მითითებულია, რომ დანაშაულებრივი ქონებიდან მიღებული შემოსავალი ან მათი ღირებულების ეკვივალენტი ქონება შესაძლოა სახელმწიფოს სასარგებლოს უსასყიდლოდ ჩამორთმეული იქნას. აღნიშნული მიუთითებს, რომ ჩამორთმეული ქონება შესაძლოა იყოს მხოლოდ ექვივალენტური, შესაბამისად, თუ დაყადაღებული ქონება მეტია, გამამტყუნებელი განაჩენის დადგომის შემთხვევაში, ამ დაყადაღებული ქონების „ზედმეტი“ ნაწილის ჩამორთმევა სასჯელის სახით ვერ მოხერხდება. ფაქტია, რომ არსებობს ქონების ჩამორთმევის სამართლებრივი დანაწესი, ამ ქონების ღირებულების ფარგლების განსაზღვრისა და ქონების ზედმეტი ნაწილის ბედის გადაწყვეტის გა-

რეშე, რაც კიდევ ერთხელ მიუთითებს ნორმის კონსტიტუციურობის ბუნდოვანებაზე.

ამ საკითხთან დაკავშირებით პროფესორი ლადო ჭანტურია მიუთითებს, რომ „მთლიანად კონფისკაცია კი არ არის კონსტიტუციის საწინააღმდეგო, ასეთად შეიძლება ჩაითვალოს, მისი გავრცელება მსაჯვრდებულის ქონებაზე... კონსტიტუციის საწინააღმდეგო შეიძლება იყოს მისი შინაარსი, უფრო ზუსტად, კონფისკაციის გავრცელების ფარგლები ანუ რამდენად კონსტიტუციურია კონფისკაციის გავრცელება მსაჯვრდებულის მთელ ქონებაზე და არა მხოლოდ დანაშაულის საგანსა და იარაღზე.⁹

ცალსახაა, რომ დავა არის არა იმაზე, საერთოდ უნდა იყოს თუ არა სასჯელის სახე ქონების ჩამორთმევა, ან ყადაღა, როგორც საპროცესო იძულების ღონისძიების სახე, არამედ პრობლემურია ის ფარგლები, რა ფარგლებშიც შესაძლებელია განახორციელოს იგი კანონშემფარდებელმა. ნორმა ბუნდოვანია და ვერ პასუხობს განჭვრეტადობის პრინციპს.

თბილისის სააპელაციო სასამართლოს საგამოძიებო კოლეგიამ 2020 წლის 17 ივნისი №1გ/871-20 განჩინებაში განმარტა, რომ სსსკ-ის 151-ე მუხლის პირველი ნაწილის მიხედვით, ქონება, რომელზედაც არსებობს მონაცემები, რომ დანაშაულებრივი გზით არის მოპოვებული, შეიძლება დაყადაღდეს თუ იგი კონკრეტული სუბიექტის (ბრალდებულის, მისი მოქმედებისათვის მატერიალური პასუხისმგებელი პირის ან/და მასთან დაკავშირებული პირის) საკუთრებაში ირიცხება, თუმცა, ასეთ დათქმას არ ითვალისწინებს სსსკ-ის 151-ე მუხლის მე-3 ნაწილი, რომლის მიხედვითაც საკმარისია დასაბუთებული ვარაუდის არსებობა იმის შესახებ, რომ ამ კონკრეტული ქონების მიმართ ჩადენილია დანაშაული ან/და იგი დანაშაულებრივი გზით არის მოპოვებული. მოცემული განჩინებით საერთო სასამართლოებმა გაიზიარეს საკონსტიტუციო სასამართლოს მიერ გაკეთებული განმარტება და მონაცემთა ერთობლიობის სტანდარტი გაუთანაბრეს დასაბუთებული ვარაუდის სტანდარტს. გარდა აღნიშნული პრობლემისა, ძალზე დიდ

⁹ ჭანტურია, ლ., წიგნიდან: ზოიძე ბ., საკონსტიტუციო კონტროლი და ღირებულებათა წესრიგი საქართველოში, თბ. 2007, გვ. 119.

პრობლემას წარმოადგენს ის მოცემულობა, რომ სასამართლო მოცემულ განჩინებაში საერთოდ არ იმსჯელა დასაყადალებელი ქონების პროპორციულობის საკითხზე და, სამწუხაროდ, პირთა საკუთრებაში რიცხულ ყველა ქონებას უაპელაციოდ ყადაღა დაადო.¹⁰

ასევე, 2020 წლის 06 ივნისის №12/8322 განჩინებაში თბილისის საქალაქო სასამართლომ სრულად გაითვალისწინა პროკურორის შუამდგომლობა და ყადაღა დაადო პირის სახელზე რიცხულ ყველა ქონებას მიუხედავად იმისა, თუ რა რაოდენობის ზიანის მიყენებას ედავებოდნენ.¹¹ მსგავსი მიდგომა საშიშ ტენდენციას ამკვიდრებს პრაქტიკაში, რადგან ნორმის ამგვარი ფართო და შეუზღუდავი განმარტება ქმნის საფრთხეს, სრულიად მსჯელობის გარეშე დარჩეს სავარაუდო ზიანის ოდენობა და ზიანის ოდენობის მიუხედავად, მოხდეს მთელი ქონების დაყადაღება. მიყენებული ზიანის ექვივალენტური ღირებულების ქონებაზე ყადაღის დადება მნიშვნელოვანია, რათა არ დაირღვეს საქართველოს კონსტიტუციით დაცული საკუთრების უფლება.

სამწუხაროდ, სასამართლო პრაქტიკა იცნობს ისეთ შემთხვევებს, როდესაც პირის ქონებაზე ყადაღის დადების დროს ეს პირი მოცემულ საქმეზე ბრალდებული არ ყოფილა, გამოძიება წლები გრძელდება და ამ წლების მანძილზე ბრალდების მხარეს დაყადაღებული აქვს პირის ქონება იმ პირობებში, როდესაც ბრალდებული საქმეში ისევ არ არსებობს. მსგავსი შემთხვევის ნათელი მაგალითია გ.გ.-ს შემთხვევა, რომელიც გამოძიების თანახმად არ წარმოადგენს ბრალდებულ პირს, მეტიც, იგი მოწმის სახითაც კი არასოდეს გამოკითხულა გამოძიების და გამოძიება მას ერთხელაც არ დაკავშირება, სამაგიეროდ გამოძიების პროცესში ბრალდების მხარის შუამდგომლობის საფუძველზე თბილისის საქალაქო სასამართლოს 10.01.2017 წლის განჩინებით (საქმე №12/143) ყადაღა დაედო მოცემული პირის საბანკო ანგარიშებს. განჩინება ძალაში დატოვა თბილისის სააპელაციო სასამართლომ 12.04.2017 წლის განჩინებით (საქმე №1გ/521-17).

¹⁰ იხ. თბილისის სააპელაციო სასამართლოს საგამოძიებო კოლეგიის 2020 წლის 17 ივნისი №1გ/871-20 განჩინება.

¹¹ იხ. თბილისის საქალაქო სასამართლოს 2020 წლის 06 ივნისის №12/8322 განჩინება.

ყადაღის დადებიდან 2 წლის შემდეგ გ.გ.-ს ადვოკატმა სასამართლოს მიმართა შუამდგომლობით ქონებაზე დადებული ყადაღის მოხსნის თაობაზე, სასამართლოს წარუდგინა მტკიცებულებები საქმეში ბრალდებული პირის კვლავ არარსებობის თაობაზე, თუმცა სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის 158-ე მუხლზე მითითებით თბილისის საქალაქო სასამართლომ 30.01.2019 წლის განჩინებით (საქმე №12/1388-19) უარი თქვა ქონებაზე ყადაღის მოხსნაზე, იგივე პოზიცია გაიზიარა თბილისის სააპელაციო სასამართლომ 06.02.2019 წლის განჩინებით (საქმე №1გ/172-19). გ.გ.-ს ადვოკატმა თვეების გასვლის შემდეგ კვლავ მიმართა სასამართლოს იმავე თხოვნით, კვლავ წარადგინა მტკიცებულებები, რომელიც ადასტურებდა, რომ გამოძიებას საქმეზე დამატებით ერთი მტკიცებულებაც არ მოუპოვებია და საქმეს კვლავ არ ჰყავდა ბრალდებული და არც გ.გ.-ს დასაკითხად გამოძახება მომხდარა, თუმცა, როგორც წინა შემთხვევაში, კვლავ სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის 158-ე მუხლზე დაყრდნობით თბილისის საქალაქო სასამართლომ 04.09.2019 წლის განჩინებით (საქმე №12/14091-19) უარი თქვა ქონებაზე ყადაღის მოხსნაზე, ხოლო თბილისის სააპელაციო სასამართლომ 11.09.2019 წლის განჩინებით (საქმე №1გ/149-19) კვლავ ძალაში დატოვა ქვემდგომი სასამართლოს განჩინება. ვითარება დღეის მდგომარეობითაც არ შეცვლილა, პირის ქონება დაყადაღებული რჩება იმ პირობებში, როცა იგი საქმეში მონაწილის სტატუსსაც არ ატარებს და საქმეს კვლავ არ ყავს ბრალდებული პირი. სამწუხაროდ, სასამართლო ნორმის სიტყვა-სიტყვითი განმარტებით შემოიფარგლა და არ გააკეთა ნორმის შინაარსის ღრმა ანალიზი ნორმის მიზნების გაანალიზებით. მოცემული შემთხვევა არ გახლავთ გამონაკლისი, საქმეთა აბსოლუტურ უმრავლესობაში, იმავე ლოგიკას ავითარებს სასამართლო პრაქტიკა. სწორედ ამიტომ არის აუცილებელი ნორმის შინაარსისა და ფარგლების საკანონმდებლო დონეზე განსაზღვრა.

ნორმაში ცვლილების შეტანისა და საქართველოს კონსტიტუციასთან შესაბამისობაში მოყვანის აუცილებლობა უკვე დიდი ხანია, არსებობს.

საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლო 2016 წლის 18

აპრილის გადანყვეტილებაში უთითებს - „საქართველოს კონსტიტუციის 21-ე¹² მუხლის პირველი პუნქტი განამტკიცებს საკუთრების, მისი შეძენის, გასხვისების ან მემკვიდრეობით მიღების საყოველთაო უფლებას. საკუთრების უფლება ბუნებითი უფლებაა, რომლის გარეშე შეუძლებელია დემოკრატიული საზოგადოების არსებობა. „საკუთრების უფლება ადამიანის არა მარტო არსებობის ელემენტარული საფუძველია, არამედ უზრუნველყოფს მის თავისუფლებას, მისი უნარისა და შესაძლებლობების ადეკვატურ რეალიზაციას, ცხოვრების საკუთარი პასუხისმგებლობით წარმართვას. ყოველივე ეს კანონზომიერად განაპირობებს ინდივიდის კერძო ინიციატივებს ეკონომიკურ სფეროში, რაც ხელს უწყობს ეკონომიკური ურთიერთობების, თავისუფალი მენარმეობის, საბაზრო ეკონომიკის განვითარებას, ნორმალურ, სტაბილურ სამოქალაქო ბრუნვას.“¹³ ამავე გადანყვეტილებაში სასამართლო ადგენს - „საკონსტიტუციო სასამართლო აღნიშნავს, რომ ქონებაზე ყადაღის დადებისას სასამართლო უნდა ითვალისწინებდეს და უზრუნველყოფდეს ქონების მესაკუთრისათვის ქონებაზე ყადაღის დადებით მიყენებული ზიანის მინიმიზაციის პრინციპს და ყადაღის დადებას ახდენდეს მხოლოდ იმ შემთხვევაში, როდესაც წარმოდგენილი მტკიცებულებებით აშკარად და ცხადად დასტურდება აღნიშნული საპროცესო იძულების ღონისძიების გამოყენების აუცილებლობა და არა შესაძლებლობა.“¹⁴

იმ მომენტისთვის, როდესაც ბრალდების მხარე მიმართავს სასამართლოს ქონებაზე ყადაღის დადების შუამდგომლობით, შესაძლოა, მართლაც არსებობდეს ყადაღის დადების ფორმალური და ფაქტობრივი საფუძვლები, თუმცა, გარკვეული თვეებისა და წლების გასვლის შემდეგ ეს საფუძვლები აღმოიფხვრას. სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის 93-ე მუხლის პირველი ნაწილის მიხედვით, მხარეებმა შუამდგომლობა შეიძლება დააყენონ ამ კოდექსით პირდაპირ გათვალისწინებულ შემთხვევებში და დადგენილი წესით,

¹² მუხლი მითითებულია ძველი რედაქციით. მოქმედი რედაქციით მე-19 მუხლი.

¹³ საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლო 2016 წლის 18 აპრილის გადანყვეტილება, საქმე №2/1/631, პარაგრაფი II-5.

¹⁴ საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლო 2016 წლის 18 აპრილის გადანყვეტილება, საქმე №2/1/631, პარაგრაფი II-66.

სისხლის სამართლის პროცესის ნებისმიერ სტადიაზე. აქედან გამომდინარე, ნათელია, რომ მიუხედავად იმ გარემოებისა, რომ ყადაღის გამოყენების ფორმალური და ფაქტობრივი საფუძვლები დროსთან ერთად შეიძლება გაქრეს, კანონი პირს ართმევს შესაძლებლობას, რომ მის ქონებაზე არსებული ყადაღის მოხსნის შუამდგომლობით მიმართოს სასამართლოს. აღნიშნული კი მეტად ზრდის ბრალდების მხარის თვითნებობის რისკებს, მით უფრო იმ პირობებში, როდესაც გამოძიება თითოეულ კონკრეტულ საქმეზე შესაძლოა გამოძიების ხანდაზმულობის სრული ვადით გაგრძელდეს.

მოცემულ ნაწილში ვიზიარებ საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს წევრების ზაზა თავაძის და თამაზ ცაბუტაშვილის განსხვავებულ აზრს საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს მეორე კოლეგიის 2016 წლის 18 აპრილის #2/1/631 გადაწყვეტილებასთან დაკავშირებით. მოცემულ განსხვავებულ აზრში პარაგრაფებში 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22 მოსამართლეების მიერ სრულიად კანონიერად იქნა განმარტებული შემდეგი:

„16. სტრუქტურული თვალსაზრისით აშკარაა მსგავსება საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2014 წლის 23 მაისის #3/2/574 გადაწყვეტილებით არაკონსტიტუციურად ცნობის ნორმასა და სადავო ნორმას შორის. ორივე მათგანი ადგენს ინსტიტუტს, რომლის გამოყენება, ზოგადად, პრინციპულ წინააღმდეგობაში არ მოდის კონსტიტუციასთან. თუმცა, ორივე შემთხვევაში არსებობს კითხვის ნიშნები უფლების შეზღუდვის დროში გაგრძელების საკითხთან და შეზღუდვის საჭიროების არსებობის ფაქტის გარკვეული დროის შემდეგ გადამოწმებასთან დაკავშირებით. მივიჩნევთ, რომ მოცემულ შემთხვევაშიც რელევანტურია, საკონსტიტუციო სასამართლომ შეაფასოს უფლების შეზღუდვის, ყადაღის გამოყენება ვადის თვალსაზრისით რამდენად არის შესაბამისობაში კონსტიტუციის მოთხოვნებთან“.

„17. უპირველს ყოვლისა უნდა აღინიშნოს, რომ სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის 151-ე მუხლი არ ითვალისწინებს ყადაღის გამოყენების სპეციალურ ვადებს ან შესაძლებლობას, რომ მოხდეს აღნიშნული ღონისძიების გადასინჯვა. მართალია, სისხლის

სამართლის საპროცესო კოდექსი ადგენს წინასასამართლო სხდომაზე საპროცესო კონფისკაციის უზრუნველყოფის მიზნით შუამდგომლობის ან მხარეთა სხვა შუამდგომლობის განხილვის შესაძლებლობას სსსკ-ის 219-ე მუხლის მე-4 ნაწილის საფუძველზე, თუმცა არ არის ცალსახად განსაზღვრული, აქვს თუ არა ბრალდებულს უფლება, წინასასამართლო სხდომის ფარგლებში მოითხოვოს ბრალდებულის ან დაკავშირებული პირის ქონებაზე დადებული ყადაღის გაუქმება. აღნიშნული უფლება სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსით ნათლად, ცალსახად არ არის განსაზღვრული. გარდა ამისა, ვინაიდან დაკავშირებული პირი სისხლის სამართლის პროცესის ფარგლებში მხარეს არ წარმოადგენს, მას არ აქვს შესაძლებლობა, საქმის განხილვის რომელიმე ეტაპზე მიმართოს სასამართლოს და მოითხოვოს მის ქონებაზე დადებული ყადაღის გაუქმება“.

„18. ნათელია, რომ სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსი არ ითვალისწინებს ბრალდებულის ან მასთან დაკავშირებული პირის უფლებას, სასამართლოს მიმართოს ქონებაზე დადებული ყადაღის გადასინჯვის მიზნით. აღნიშნული შეზღუდვის ინტენსივობას განსაკუთრებით ზრდის ქონებაზე დადებული ყადაღის მოქმედების განუსაზღვრელად დიდი პერიოდით გაგრძელების შესაძლებლობა, კერძოდ, სსსკ-ის 158-ე მუხლის თანახმად, ქონებას ყადაღა ედება განაჩენის აღსასრულელად მიქცევამდე, სისხლისსამართლებრივი დევნის ან/და გამოძიების შეწყვეტამდე. სისხლისსამართლებრივი დევნის ან/და გამოძიების შეწყვეტის საფუძველზე განსაზღვრავს სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსი. მართალია, აღნიშნული ჩამონათვალი მოცულობითია, თუმცა სისხლისსამართლებრივი დევნის ხანგრძლივობა რაიმე ვადით განსაზღვრული არ არის. ვადის გასვლის გამო, დევნა შესაძლოა შეწყდეს მხოლოდ სსსკ-ის 169-ე მუხლის მე-8 პუნქტით განსაზღვრულ შემთხვევაში, თუკი წინასასამართლო სხდომის დაწყებამდე პირი ბრალდებულად ცნობილი იყო 9 თვეზე მეტი ვადით. ეს ვადა ექვემდებარება ხელახალ ათვლას, თუ ამ ვადის გასვლამდე ბრალდებულს დანაშაულის სხვა შემთხვევის გამო ახალი ბრალი წარუდგინეს. ასეთი ბრალის წაყენებისას აღნიშნული ვადის დინება წყდება და ვადა აითვლება ახალი ბრალის წაყენების დღი-

დან. შესაბამისად, წინასასამართლო სხდომამდე სისხლისსამართლებრივი დევნის პერიოდმა პირის მიმართ შესაძლოა მნიშვნელოვნად გადააჭარბოს 9 თვიან ვადას“.

„19. რაც შეეხება განაჩენის აღსასრულებლად მიქცევას, სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის 279-ე მუხლის პირველი პუნქტის თანახმად, აღნიშნული განაჩენის საჯაროდ გამოცხადების მომენტიდან ხორციელდება. სისხლის სამართლის კოდექსი განსაზღვრავს ვადებს, რომლის ფარგლებშიც პირველი ინსტანციის სასამართლომ უნდა მიიღოს გადაწყვეტილება. ამ პერიოდის ათვლა იწყება წინასასამართლო სხდომის მოსამართლის მიერ საქმის არსებითი განხილვისათვის გადაცემიდან. კერძოდ, სსკ-ის 185-ე მუხლის მე-6 პუნქტის თანახმად, პირველი ინსტანციის სასამართლოს განაჩენი გამოაქვს წინასასამართლო სხდომის მოსამართლის მიერ საქმის არსებითი განხილვისათვის გადაცემის შესახებ გადაწყვეტილების მიღებიდან არა უგვიანეს 24 თვისა. ამ მუხლის მე-7 ნაწილის თანახმად, 24 თვიანი ვადა არ გამოიყენება იმ სისხლის სამართლის საქმეზე, რომელშიც ბრალდებული თავს არიდებს სასამართლოში გამოცხადებას ან/და ბრალდებულის მიმართ გამოცხადებულია ძებნა“.

„20. შესაბამისად, არათუ გამოძიების მიმდინარეობის ან სისხლის სამართლის საქმის განხილვის, არამედ მხოლოდ წინასასამართლო სხდომის მოსამართლის მიერ საქმის არსებითი განხილვისათვის გადაცემიდან განაჩენის გამოტანამდე პერიოდი, რომლის მანძილზეც ბრალდებულის/დაკავშირებული პირის წინააღმდეგ გამოყენებულია ყადაღა, შესაძლებელია გაგრძელდეს 24 თვე. უფრო მეტიც, თუ ბრალდებული პირი თავს არიდებს სასამართლოში გამოცხადებას ან მის მიმართ გამოცხადებულია ძებნა, აღნიშნული პერიოდი შესაძლებელია უსასრულოდ გაგრძელდეს“.

„21. ბრალდებულთან დაკავშირებულ პირს ან მისი ქმედებისათვის მატერიალურად პასუხისმგებელ პირს ქონებაზე დადებული ყადაღის მოქმედების ვადა შესაძლოა უსასრულოდ გაუგრძელდეს მაშინ, როდესაც ბრალდებულის მიმალვასთან დაკავშირებით მათი ბრალეულობა არ იკვეთება. შესაბამისად, ამ პირების ქონება შესაძლოა დაყადაღდეს განუსაზღვრელი ვადით იმ პირობებში, როდესაც

მათ არც დანაშაულში ედებათ ბრალი და არც ყადაღის გამოყენების ვადაზე აქვთ რაიმენაირი ზეგავლენის მოხდენის შესაძლებლობა. საკუთრების უფლებაში მსგავსი უხეში ჩარევის შედეგად, ამ პირებს შესაძლოა განუსაზღვრელი ვადით შეეზღუდოთ როგორც მოძრავი, ისე უძრავი ქონების საბანკო ანგარიშების განკარგვის უფლება ან მეტიც, სარგებლობის უფლებაც, რაც საკუთრების უფლებას არღვევს“.

„22. აღნიშნულიდან გამომდინარე სსსკ-ის 151-ე მუხლის პირველი ნაწილის პირველი წინადადება ეწინააღმდეგება საქართველო კონსტიტუციის 21-ე¹⁵ მუხლის პირველ და მე-2 პუნქტებს და, ამდენად, არაკონსტიტუციურია.“¹⁶

როგორც უკვე მივუთითეთ, „კანონმდებელი ვალდებულია, მიიღოს ზუსტი, მკაფიო, არაორაზროვანი, განჭვრეტადი კანონმდებლობა (ნორმები), რომელიც პასუხობს კანონის განსაზღვრულობის მოთხოვნას. ეს გარემოება ერთ-ერთი გადამწყვეტი კრიტერიუმია ნორმის კონსტიტუციურობის შეფასებისას. კანონმდებლის ასეთი ვალდებულება კი სამართლებრივი სახელმწიფოს პრინციპიდან გამომდინარეობს. ნორმა უნდა იყოს ნათელი და განსაზღვრულობის მოთხოვნებთან შესაბამისი.“¹⁷ კანონის ხარისხი მოითხოვს, რომ საკანონმდებლო რეგულაცია იყოს იმდენად მკაფიო, რომ პირმა, რომლის უფლებაში ჩარევაც ხდება, შეძლოს სამართლებრივი მდგომარეობის ადეკვატურად შეცნობა და საკუთარი ქმედების შესაბამისად წარმართვა. ადამიანს უნდა შეეძლოს, ზუსტად გაარკვიოს, თუ რას მოითხოვს მისგან კანონმდებელი და მიუსადაგოს ამ მოთხოვნას თავისი ქცევა. „აუცილებელია ნორმის შინაარსობრივი სიზუსტე, არაორაზროვნება. ნორმა უნდა იყოს საკმარისად განსაზღვრული არა მხოლოდ შინაარსის, არამედ რეგულირების საგნის, მიზნისა და

¹⁵ მუხლი მითითებულია ძველი რედაქციით. მოქმედი რედაქციით მე-19 მუხლი.

¹⁶ საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს წევრების ზაზა თავაძის და თამაზ ცაბუტაშვილის განსხვავებული აზრი საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს მეორე კოლეგიის 2016 წლის 18 აპრილის №1/631 გადაწყვეტილებასთან დაკავშირებით. პარაგრაფები: 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22.

¹⁷ ერემაძე ქ., ინტერესთა დაბალანსება დემოკრატიულ საზოგადოებაში, თბ. 2013, გვ. 133.

მასშტაბების მიხედვით, რათა ადრესატმა მოახდინოს კანონის სწორი აღქმა და თავისი ქცევის განხორციელება მის შესაბამისად, განჭვრიტოს ქცევის შედეგები.¹⁸ იმისათვის, რომ მოიქცე კანონის მიხედვით, არ დაარღვიო ის და თავიდან აიცილო კანონის დარღვევის ნეგატიური სამართლებრივი შედეგები (პასუხისმგებლობის ჩათვლით), როგორც მინიმუმ, უნდა გაერკვე მის არსში. ამისთვის კი კანონი ხელმისაწვდომი და საკმარისად გასაგები უნდა იყოს. თუ კანონი ამის შესაძლებლობას არ იძლევა, ადამიანმა, კანონის შესაბამისად ქცევის განცდით, მეტიც, კანონის შესრულებაზე საგანგებოდ ზრუნვით, შესაძლოა, სწორედ ამ დროს დაარღვიოს ის.¹⁹

ზემოაღნიშნული უამრავი პრობლემის გარდა, უდიდეს პრობლემას წარმოადგენს ის საკითხი, თუ როგორ იქნება დაცული ბრალდებულისა და განსაკუთრებით ბრალდებულთან დაკავშირებული ან მის ქმედებაზე პასუხისმგებელი პირის პირადი ცხოვრების ხელშეუხებლობა. „პირადი ცხოვრების ხელშეუხებლობა დაცულია ევროპული კონვენციის მე-8 მუხლით, სამოქალაქო და პოლიტიკური უფლებების შესახებ საერთაშორისო პაქტის მე-17 მუხლით, ადამიანის უფლებათა ამერიკული კონვენციის მე-8 მუხლით, პერსონალური მონაცემების ავტომატური დამუშავებისას ფიზიკური პირების დაცვის შესახებ ევროპული კონვენციით, საქართველოს კონსტიტუციის მე-20²⁰ მუხლით (პირადი ცხოვრების უფლებაში შემავალი ცალკეული უფლებრივი კომპონენტები ასევე დაცულია საქართველოს კონსტიტუციის მე-16, 36-ე, 41-ე²¹ და სხვა მუხლებით) და სხვა.²²

სსსკ-ის მე-7 მუხლი ითვალისწინებს პირადი ცხოვრების ხელშეუხებლობის დაცულობას. მართალია სისხლის სამართლის პრო-

¹⁸ საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2008 წლის 30 ოქტომბრის №2/3/406,408 გადაწყვეტილება.

¹⁹ ერემაძე ქ., ინტერესთა დაბალანსება დემოკრატიულ საზოგადოებაში, თბ. 2013, გვ.134-135.

²⁰ მუხლი მითითებულია ძველი რედაქციით. მოქმედი რედაქციით მე-15 მუხლი.

²¹ მუხლი მითითებულია ძველი რედაქციით. მოქმედი რედაქციით მე-12, 30-ე და მე-18 მუხლი.

²² საქართველოს სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის კომენტარები, ავტორთა კოლექტივი, თბ. 2015, გვ. 61.

ცესი მთელი თავისი შინაარსით იძულებითი ხასიათისაა, მიუხედავად იმისა ამ ვალდებულებებს ბრალდებული ნებაყოფლობით ასრულებს თუ არა, თუმცა ამ საკითხის განხილვისას ძალიან დიდი პრობლემის წინაშე დგება ბრალდებულთან დაკავშირებული ანდა მის ქმედებაზე პასუხისმგებელი პირის პირადი ცხოვრების ხელშეუხებლობა. საინტერესოა, რამდენად აქვს ან რა ფარგლებში ბრალდების მხარეს ამ პირების პირად ცხოვრებაში ჩარევის უფლება. ამ დროს შესაძლოა გადამონმება მოხდეს საბანკო ანგარიშებისა თუ სხვა პირადი მონაცემების, რამაც შესაძლოა არსებითი დარღვევა გამოიწვიოს პირის უფლებისა. საქართველოს კონსტიტუციის მე-4 მუხლის მე-2 პუნქტის მიხედვით **სახელმწიფო ცნობს და იცავს ადამიანის საყოველთაოდ აღიარებულ უფლებებსა და თავისუფლებებს, როგორც წარუვალ და უზენაეს ადამიანურ ღირებულებებს. ხელისუფლების განხორციელებისას ხალხი და სახელმწიფო შეზღუდული არიან ამ უფლებებითა და თავისუფლებებით, როგორც უშუალოდ მოქმედი სამართლით.** აღნიშნული ნორმა ცალსახად მიუთითებს, რომ სახელმწიფოს ორმაგი ვალდებულება აკისრია, ერთი ის, რომ ცნოს და მეორე - დაიცვას ადამიანის ძირითადი უფლებები და თავისუფლებები.

მართალია, ქონებაზე ყადაღის დადება არ იწვევს საკუთრების უფლების გაუქმებას ან ჩამორთმევას, არამედ იგი, როგორც მხოლოდ დროებითი ღონისძიება, გამოიყენება მიმდინარე გამოძიების ფარგლებში, თუმცა, ყოველი კონკრეტული შემთხვევა უნდა შეფასდეს პირის (ფიზიკური/იურიდიული) კანონიერი უფლებებისა და ინტერესების შელახვის მიზანშეწონილობისა და პროპორციულობის საკითხის გათვალისწინებით, იმ თვალსაზრისით, არსებობს თუ არა სახეზე შეზღუდვის გამოყენების აუცილებელი საზოგადოებრივი საჭიროება.

დასკვნის სახით შეიძლება ითქვას, რომ დღეს მოქმედ სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსს ყადაღის გამოყენების მიზნებს, საფუძვლებსა და ფარგლებთან მიმართებით აქვს არსებითი ხასიათის პრობლემები. მართალია, საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლომ არაერთგზის იმსჯელა ყადაღის დადების კონსტიტუციურობის საკითხებთან მიმართებით, თუმცა, ფაქტია, რომ სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის 151-ე და 157-ე მუხლებს აქვს კონსტიტუცი-

ურობის პრობლემა, რაც შედეგად პირის უფლებების აშკარა და უხემ დარღვევამდე მიდის. დღეს მოქმედი კანონმდებლობის მიხედვით ბუნდოვანია, ვინ იგულისხმება ბრალდებულთან დაკავშირებულ და ბრალდებულის ქმედებაზე პასუხისმგებელ პირს შორის, ასევე, ბუნდოვანია, თუ რატომ უნდა იქნას სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის მიხედვით განმარტებული სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის ნორმები იმ დროს, როდესაც კანონმდებელს აქვს შესაძლებლობა კოდექსში შეიტანოს ცვლილება და კონკრეტული ნორმა მოარგოს სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის სულისკვეთებას.

დღეს არსებული სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის 157-ე მუხლს არსებითი ხასიათის პრობლემა აქვს იმ ნაწილში, სადაც ბრალდების მხარის შუამდგომლობის საფუძველზე სასამართლოს შესაძლებლობას აძლევს დააყადალოს პირის საკუთრებაში არსებული სრული ქონება მაშინ, როცა სავარაუდო ზიანი ან/და დანაშაულის შედეგად მოპოვებული ქონების ოდენობა მნიშვნელოვნად ნაკლებია პირის საკუთრებაში არსებულ ქონებასთან შედარებით.

გარდა აღნიშნულისა, არსებითი ხასიათის პრობლემას ქმნის სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის 93-ე მუხლის პირველი ნაწილის ის ჩანაწერი, რომელიც პირს ართმევს შესაძლებლობას სასამართლოს მიმართოს შუამდგომლობით ყადაღის მოხსნის შესახებ. აღნიშნული საკითხი მით უფრო პრობლემური ხდება იმ პირობებში, როდესაც გამოძიება თითოეულ კონკრეტულ საქმეზე შესაძლოა გამოძიების ხანდაზმულობის ვადით გაგრძელდეს და საქმეზე ბრალდებული პირი წლების განმავლობაში ვერ გამოვლინდეს. მით უფრო პრობლემურია დაკავშირებული პირისა და ბრალდებულის ქმედებაზე მატერიალურად პასუხისმგებელი პირის მდგომარეობა, რადგან აღნიშნული პირები არ წარმოადგენენ მხარეს გამოძიებასა და სასამართლოში და არც რაიმე უფლებამოსილება გააჩნიათ, რომ მიმართონ სასამართლოს შუამდგომლობით ყადაღის მოხსნის შესახებ.

იმ მომენტისთვის, როდესაც ბრალდების მხარე მიმართავს სასამართლოს ქონებაზე ყადაღის დადების შუამდგომლობით, შესაძლოა, მართლაც არსებობდეს ყადაღის დადების ფორმალური და ფაქტობრივი საფუძვლები, თუმცა, გარკვეული თვეებისა და წლების

გასვლის შემდეგ ეს საფუძვლები აღმოიფხვრას, შესაბამისად, აუცილებლად უნდა არსებობდეს კანონში ნორმა, რომელიც პირს მისცემს შესაძლებლობას გარკვეული ვადის გავლის შემდეგ მიმართოს სასამართლოს ყადაღის მოხსნის შუამდგომლობით და არ იყოს დამოკიდებული ბრალდების მხარის კეთილ ნებაზე ან კანონიერი ვადის გასვლაზე.

დავით ბესტავაშვილი

საქართველოს ადვოკატთა ასოციაციის ადვოკატი, ივ. ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის დოქტორანტი

ადევნების უამაღგენლობის სისხლისამართლებრივი ასპექტები

შესავალი

დღევანდელი ცივილიზებული სამყაროსთვის მიუღებელია ძალადობა. მისი გამოვლინების ყველა ფორმას საზოგადოება და სახელმწიფო რეაგირების შესაბამის ღონისძიებებს უპირისპირებს. თანამედროვე საზოგადოებისთვის გენდერული ძალადობა დღესაც რჩება მნიშვნელოვან გამოწვევად. მეოცე საუკუნის მიწურულს, აშშ-მა და ევროპის ცალკეულმა სახელმწიფოებმა, საზოგადოების დაკვეთის საფუძველზე, მოახდინეს გენდერული ნიშნით განხორციელებული ძალადობების კრიმინალიზაცია. მათ შორის, სისხლისამართლებრივად დასჯადად გამოცხადდა ქმედება - ადევნება, რომელიც ტერმინ „სტალკინგით“ დამკვიდრდა ზემოხსენებული ქვეყნების კანონმდებლობაში (Stalking ინგლ.: თვალთვალი, მიპარვა, გადაკიდება). ძირითადად, გადაკიდებას, ადევნებას ახორციელებს მამაკაცი, ხოლო მსხვერპლი ქალია. უმრავლეს შემთხვევებში, ძლიერი სქესის წარმომადგენლები იმ მოტივით, რომ თავს ვალდებულად თვლიან თავიანთ კონტროლს დაუქვემდებარონ ყოფილი პარტნიორი ქალები და ამით აღიდგინონ მამაკაცური ღირსება, ამ უკანსკნელთა მიმართ სისტემატურად ახორციელებენ თვალთვალს, ძალადობის მუქარას, მრავალჯერად, შემანუხებელი კომუნიკაციის დამყარების მცდელობას, შეწყვეტილი ურთიერთობის განსაახლებლად.

ადევნების კრიმინალიზაციას ბიძგი მისცა აშშ-ში, კალიფორნიის შტატში, 1990 წელს მსახიობ რებეკა შეეფერის მკვლელობის ფაქტმა მისი თავყანისმცემლის - რობერტ ბარდოს მიერ, რასაც წინ უძღოდა ამ უკანასკნელის მანიაკალური ადევნება მსახიობის მიმართ. საზოგადოების ზენოლის შედეგად, კალიფორნიის შტატში მიღებულ იქნა სპეციალური კანონი ადევნების წინააღმდეგ, რის შემდეგ ადევნების

საწინააღმდეგო კანონები მიღებული იქნა ავსტრალიაში, კანადაში, დიდ ბრიტანეთსა და ახალ ზელანდიაში.

რაც შეეხება ევროპას, ამჟამად, ევროკავშირის 21-მა ქვეყანამ აღიარა ადევნება დანაშაულად, თუმცა, მანამდე აღნიშნული ქმედების კრიმინალიზებას ბევრი მოწინააღმდეგე გამოუჩნდა, რის გამოც, მრავალი წლის განმავლობაში, ადევნება არ ისჯებოდა სისხლისსამართლებრივი წესით. ოპონენტები მიიჩნევდნენ, რომ ადევნება არ წარმოადგენდა სოციალურ პრობლემას საზოგადოებისთვის, რადგან ისეთი „კლასიკური დანაშაულები“, როგორიცაა იძულება და მუქარა, მოიცავდნენ ადევნების შემადგენლობას და აქედან გამომდინარე, მიზანშეუწონელი იყო მისი დანაშაულად გამოცხადება.

2011 წლის 11 მაისს, ქ. სტამბულში, ევროპის საბჭოს მინისტრთა კონფერენციაზე მიღებული იქნა კონვენცია „ქალთა მიმართ ძალადობისა და ოჯახში ძალადობის წინააღმდეგ ბრძოლისა და პრევენციის შესახებ“ (შემოკლებით - „სტამბულის კონვენცია“). „სტამბულის კონვენციას“ საქართველო 2014 წლის 19 ივნისს შეუერთდა, ხოლო 2017 წლის 4 მაისს ადევნება (საქართველოს სსკ-ის 151¹ მუხლი) სისხლისსამართლებრივი წესით დასჯადად გამოცხადდა.

აღნიშნული კონვენცია მოიცავს გენდერული ძალადობის სხვადასხვა ფორმას, რომელიც განისაზღვრება, როგორც ქალის წინააღმდეგ მიმართული ძალადობა იმის გამო, რომ ქალია, ან, რომელიც, არათანაზომიერად უარყოფით ზემოქმედებას ახდენს ქალზე („სტამბულის კონვენციის“ მე-3 მუხლის „დ“ პუნქტი). ქალს, რომლის მიმართაც ხორციელდება ადევნება, დარღვეული აქვს მშვიდი ცხოვრება, შიში და მღელვარება უარყოფით გავლენას ახდენს მის ყოფა-ცხოვრებაზე. ასეთ ვითარებაში, ერთი მხრივ, შიშსა და სტრესთან გამკლავება, ხოლო მეორე მხრივ, ნორმალური ცხოვრების შენარჩუნება - დიასახლისობა, ბავშვების მოვლა, მუშაობა, მეგობრებთან ურთიერთობა, ძალზე რთულია. მსხვერპლისთვის ასევე რთულია ბოლო მოუღოს ადევნებას და ამ მიზნით მიმართოს მართლმსაჯულებას. ევროპის საბჭოს უმეტეს წევრ ქვეყნებში ადევნება არ რეგულირდება სისხლის ან სამოქალაქო სამართლის კანონმდებლობით. გარდა ამისა, ადევნების აღმნიშვნელი სიტყვა ბევრ ენაზე არც კი

არსებობს, რაც იმაზე მეტყველებს, თუ რამდენად ნაკლებად აქვთ გაცნობიერებული ამ ცნების მნიშვნელობა.¹ „სტამბულის კონვენციამ“ პირველად შემოგვთავაზა ღონისძიებათა ერთობლიობა ადევნების მსხვერპლის მხარდასაჭერად, რომელთა შორის, უნინარეს ყოვლისა, აღსანიშნავია, რომ ადევნება მიჩნეულია კონკრეტულ სისხლისსამართლებრივ დანაშაულად. კონვენცია ნათლად განმარტავს, რომ ადევნება ეს არის ქალის მიმართ ძალადობის ფორმა. კონვენციამ ადევნება განსაზღვრა, როგორც მეორე პირის მიმართ მრავალჯერადი მუქარის შემცველი ქცევით გამოხატული წინასწარგანზრახული ქცევა, რომელიც მასში საფრთხის შიშს იწვევს („სტამბულის კონვენციის“ 34-ე მუხლი). გასათვალისწინებელია ის გარემოება, რომ ადევნების ცალკეული ელემენტები, როგორცაა, მაგალითად, ვინმესთვის არასასურველი შეტყობინების გაგზავნა, დაუპატიჟებლად სახლში ან სამსახურში გამოცხადება, მეგობრებსა და ოჯახის წევრებთან რეკვა ან სხვა მსგავსი ქმედება, რასაც ჩადის დამნაშავე, ყოველთვის არ წარმოადგენს სისხლისსამართლებრივად დასჯად ქმედებას. ამ დანაშაულის მნიშვნელოვანი შემადგენელი ელემენტია განზრახვა, ასევე შიში, რომელსაც ის იწვევს.²

ვინაიდან ადევნება ნოვაციას წარმოადგენს საქართველოს სისხლის სამართლის კანონმდებლობაში, სტატიაში შევეცადეთ გაგვეანალიზებინა, თუ რამდენად ეფექტურია ადევნების ეროვნული საკანონმდებლო რეგულაცია და სასამართლო პრაქტიკა, შეგვედარებინა ისინი უცხოურ კანონმდებლობასთან და ამ ჭრილში დაგვედგინა შესაძლო ხარვეზები და გვემსჯელა აღნიშნული დანაშაულის ცალკეულ სისხლისსამართლებრივ ასპექტებზე.

¹ <https://rm.coe.int/stalking-and-the-istanbul-convention/16808c59b2> – ინტერნეტ-სტატია - „ადევნება“, გვ. 1.

² <https://rm.coe.int/stalking-and-the-istanbul-convention/16808c59b2> – ინტერნეტ-სტატია - „ადევნება“, გვ. 3.

1. ადევნების საკანონმდებლო რეგულაცია საქართველოს
კანონმდებლობის მიხედვით

ადევნება კანონმდებელმა გაითვლისწინა საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსის ადამიანის უფლებებისა და თავისუფლებების წინააღმდეგ მიმართულ დანაშაულობათა თავში. ხსენებული კოდექსის 151¹-ე მუხლის თანახმად, ადევნება არის: „პირადად ან მესამე პირის მეშვეობით, პირის, მისი ოჯახის წევრის, ან ახლო ნათესავის უკანონო თვალთვალი, ან არასასურველი კომუნიკაციის დამყარება ტელეფონის, ელექტრონული ან სხვა საშუალებით, ან ნებისმიერი სხვა განზრახი ქმედება, რომელიც სისტემატურად ხორციელდება და იწვევს პირის ფსიქიკურ ტანჯვას ან/და პირის მისი ოჯახის წევრის ან ახლო ნათესავის მიმართ ძალადობის გამოყენების ან/და ქონების განადგურების საფუძვლიან შიშს, რაც პირს ცხოვრების წესის მნიშვნელოვნად შეცვლას აიძულებს ან მისი მნიშვნელოვნად შეცვლის რეალურ საჭიროებას უქმნის“.

აღნიშნული დანაშაულის ხელყოფის ობიექტია ადამიანის ინდივიდუალური სამართლებრივი სიკეთე - მისი თავისუფლება, თავისუფალი ცხოვრების (ნორმალური სოციალური ურთიერთობების დამყარება, საზოგადოებრივ ცხოვრებაში მონაწილეობის მიღება შეუზღუდავად) და გადაადგილების უფლება, ფსიქიკური ჯანმრთელობა, ადამიანის უფლება იცხოვროს მშვიდ, უსაფრთხო, დაცულ გარემოში.

ობიექტური მხრივ, ადევნება გამოიხატება დამნაშავეს აქტიურ მოქმედებაში, კერძოდ: 1. უკანონო თვალთვალი; უკანონო თვალთვალთან გვექვს საქმე, როდესაც პირი თვითნებურად, პირადად ან მისი დავალების, თხოვნის თუ დაკვეთის საფუძველზე, მესამე პირის მეშვეობით, ქვეითად, სატრანსპორტო (მაგ., ავტომანქანა, ველოსიპედი, მოტოციკლი და ა.შ.) თუ ტექნიკური საშუალებების (მაგ., ა/მანქანის ვიდეორეგისტრატორი და ა.შ.) გამოყენებით, ღიად თუ ფარულად ახორციელებს მსხვერპლის ვიზუალურ კონტროლს (მაგ., სახლში და სამსახურში მიკითხვა, საზოგადოებრივი თავშეყრის ადგილებში, თუ ქუჩაში დახვედრა და უკან გაყოლა ქვეითად ან ავტოტრანსპორტით და ა.შ.). თვალთვალი უკანონო არ არის, როდესაც

იგი ხორციელდება სასამართლოს ბრძანების საფუძველზე; 2. ტელეფონის, ელექტრონული ან სხვა საშუალებით არასასურველი კომუნიკაციის დამყარებაში; კომუნიკაცია გულისხმობს მოკლევადიან ან გრძელვადიან ურთიერთობას, ინფორმაციის, ემოციების გადაცემას. როდესაც პირს არ სურს ჰქონდეს ურთიერთობა სხვა პირთან, ასეთი სახის ურთიერთობა არასასურველი კომუნიკაციაა. ტელეფონის, ელექტრონული ან სხვა საშუალებით არასასურველი კომუნიკაციის დამყარებაში იგულისხმება, ადევნების მსხვერპლის ნება-სურვილის სანინააღმდეგოდ, ამ უკანასკნელისთვის ხმოვანი თუ წერილობითი შეტყობინებების, ფოტოების, ნახატების, სიმბოლოების გაგზავნა ტელეფონის (სახლის, მობილური ტელ.), ინტერნეტის თუ ელექტრონული ტექნიკის სხვადასხვა საშუალებებით; ტელეფონი კომუნიკაციის ისეთი საშუალებაა, რომლის მეშვეობითაც ადამიანი იღებს და გადაცემს ინფორმაციას შორ მანძილზეც. ელექტრონული საშუალება არის ისეთი სახის ნებისმიერი მექანიზმი, რომელიც ელექტროენერჯის გამოყენებით გარკვეული მოქმედებების განხორციელების შესაძლებლობას იძლევა - მათ შორის, ინფორმაციის განთავსების, მიღების, გაცვლის, კომუნიკაციის დამყარების და სხვა (მაგ., კომპიუტერი, სადარბაზოს დომოფონი და ა.შ). თანამედროვე ტექნოლოგიური პროგრესის ფონზე შექმნილია ელექტრონული საშუალებები, რომელთა მეშვეობით ადამიანები ამყარებენ კომუნიკაციას ერთმანეთთან. არასასურველი კომუნიკაციის დამყარების სხვა საშუალებად უნდა მივიჩნიოთ წერილების, დეპეშების, ამანათების, ბანდეროლების გაგზავნა ფოსტის თუ კავშირგაბმულობის სხვა სახეობების მეშვეობით.

იმავდროულად, ადევნების ობიექტური მხარის აუცილებელი ნიშანია თითოეული ზემოდასახელებული მოქმედების ჩადენის სისტემატურობა; სისტემატურობა გულისხმობს იმას, რომ მითითებული მოქმედებების ჩადენას არაერთგზისი ხასიათი აქვს, როდესაც ისინი ჩადენილია სამჯერ ან მეტჯერ მაინც. „სისტემატურობა არაერთგზისობაზე მეტს ნიშნავს. ასეთ შემთხვევებში ჩვენ გვაქვს არა მოქმედებათა განმეორების უბრალო ჯამი, არამედ შინაგანი კავშირი

- განმეორების ტენდენცია.³ ანუ, სისტემატურობა ნიშნავს დროის ხანგრძლივი პერიოდის განმავლობაში ქმედებების განხორციელებას ინტენსიურად, განმეორებითობის გარკვეული ხარისხით.

ადევნება მატერიალურ დანაშაულთა რიცხვს მიეკუთვნება. ადევნების ობიექტური მხარის აუცილებელი ელემენტია კონკრეტული შედეგის დადგომა, რაც ფორმულირებულია აღნიშნული მუხლის დისპოზიციაში. იმისათვის, რომ საქართველოს სსკ-ის 151¹-ე მუხლით მოხდეს ქმედების კვალიფიკაცია, სისტემატურად განხორციელებულმა ზემოდასახელებულმა მოქმედებებმა მსხვერპლში უნდა გამოიწვიონ ა) ფსიქიკური ტანჯვა, ან/და ბ) ძალადობის გამოყენებისა ან/და გ) ქონების განადგურების საფუძვლიანი შიში. ფსიქიკური ტანჯვა გულისხმობს უსიამოვნო გრძნობით გამოწვეულ წვალებას, ხანგრძლივ, აუტანელ წუხილს. აღნიშნულის დადგენა რთული საკითხია, რისთვისაც შეიძლება ჩატარდეს სასამართლო-ფსიქოლოგიური ექსპერტიზა. საფუძვლიანი შიშის გამომწვევ ძალადობის გამოყენებაში იგულისხმება ფიზიკური ძალადობა (მაგ., ცემა, სხეულის დაზიანება, სიცოცხლის მოსპობა, მოტაცება, თავისუფლების აღკვეთა და სხვა), ხოლო საფუძვლიანი შიშის გამომწვევ ქონების განადგურებაში იგულისხმება ნივთზე ისეთ მექანიკური თუ სხვა სახის ზემოქმედება, რის შედეგადაც წყდება მისი ფიზიკური არსებობა, ან გამოუსადეგარი ხდება, როდესაც ნივთი არ შეიძლება აღდგენილ იქნას რემონტის ან რესტავრაციის შედეგად.⁴ რაც შეეხება შესაძლო ძალადობის განხორციელებითა და ქონების განადგურებით მსხვერპლის მიერ განცდილი შიშის საფუძვლიანობას, მის შესაფასებლად სასამართლომ უნდა იხელმძღვანელოს როგორც ობიექტური, ისე სუბიექტური კრიტერიუმით. ობიექტური კრიტერიუმი გულისხმობს იმას, რომ სასამართლომ უნდა წარმოიდგინოს ჩვეულებრივი ფსიქიკის ადამიანი (არც ძალიან მშიშარა და არც ძალიან გულადი) და განსაზღვროს, გამოიწვევდა თუ არა მასში შიშს იმ პირის მოქმედება, რომელიც ახორციელებს მის მიმართ უკანონო თვალთვალს, არასასურველ

³ მაყაშვილი ვ., მაჭავარიანი მ., წერეთელი თ., შავგულიძე თ., დანაშაული პიროვნების წინააღმდეგ (სამეცნიერო-პრაქტიკული კომენტარი), თბ. 1980, გვ. 91.

⁴ ლეკვეიშვილი მ., თოდუა ნ., გვენეტაძე ნ., მამულაშვილი გ., სისხლის სამართლის კერძო ნაწილი, თბ. 2005, გვ. 323.

კომუნიკაციას და ა.შ. ამ დროს, ასევე მხედველობაში უნდა იქნას მიღებული ამდევნებელის პიროვნება (მისი შესაძლო აგრესიულობა, ნასამართლეობა), ამ უკანასკნელის ურთიერთდამოკიდებულება მსხვერპლთან და ა.შ. სუბიექტური კრიტერიუმით ხელმძღვანელობა ნიშნავს იმის დადგენას, გამოიწვია, თუ არა მოცემულ შემთხვევაში ასეთი შიში მსხვერპლის მიმართ ამდევნებელის მოქმედებამ. თუ იმას, ვის მიმართაც ხორციელდება ადევნება, ასეთი შიში არ გასჩენია, ამდევნებელის მოქმედებები საზოგადოდ შიშის მომგვრელიც რომ იყოს, ასეთი ქმედება დანაშაულად არ ჩაითვლება.⁵ აღნიშნულიდან გამომდინარე, განცდილი შიში ობიექტური და სუბიექტური კრიტერიუმების გათვალისწინებით უნდა იყოს საფუძვლიანი, წინააღმდეგ შემთხვევაში, არც დანაშაულის ჩადენას ექნება ადგილი. ცხოვრების წესი კომპლექსური გარემოებების ერთობლიობას გულისხმობს, რაც მოიცავს სოციალურ ურთიერთობებს, სამსახურს, ოჯახურ, პირად ურთიერთობებს, თავისუფალი დროის გამოყენებას ნება-სურვილის მიხედვით და ა.შ.

აღნიშნული დანაშაულებრივი ხელყოფით მარტო ფსიქიკური ტანჯვისა ან/და საფუძვლიანი შიშის გამოწვევა არ არის საკმარისი დანაშაულის დამთავრებულად ცნობისათვის. ადევნება დამთავრებულია იმ შემთხვევაში, როცა სისტემატურად განხორციელებული უკანონო თვალთვალი და არასასურველი კომუნიკაცია, ასევე, ობიექტური მხრივ, სხვა ნებისმიერი განზრახვი ქმედება, მსხვერპლში იწვევს ისეთ ფსიქიკურ ტანჯვასა ან/და საფუძვლიან შიშს, რაც ამ უკანასკნელს ცხოვრების წესის მნიშვნელოვნად შეცვლას აიძულებს (მაგ., დაზარალებული ვერ გამოდის საცხოვრებელი სახლიდან, თავად ველარ დაჰყავს შვილი სკოლაში, შეცვალა მობილური ტელეფონის ნომერი, რათა თავი აარიდოს ამდევნებელის შემანუხებელ უკანონო თვალთვალს და არასასურველ კონტაქტს) ან ამ წესის მნიშვნელოვნად შეცვლის საჭიროებას უქმნის (მაგ., მსხვერპლი ფიქრობს ბინადრობის ადგილის შეცვლას, სამსახურისთვის თავის დანებებას, სოციალური ქსელით სარგებლობაზე უარის თქმას და ა.შ. რათა თავი

⁵ ლეკვიშვილი მ., თოდუა ნ., გვენეტაძე ნ., მამულაშვილი გ., სისხლის სამართლის კერძო ნაწილი, თბ. 2000, გვ. 216.

დააღწიოს ამდევნებელს). შესაბამისად, იმ შემთხვევაში, თუ კი ზემო-დასახელებულ მოქმედებებს დაზარალებულში არ გამოუწვევია ისეთი ფსიქიკური ტანჯვა ან/და შიში, რაც მას ცხოვრების წესის მნიშვნელოვნად შეცვლას აიძულებს ან ამ წესის მნიშვნელოვნად შეცვლის საჭიროებას უქმნის, მაშინ სახეზე გვექნება დანაშაულის მცდელობა, ხოლო, თუ კი სისტემატურად განხორციელებულ უკანონო თვალთვალს და არასასურველ კომუნიკაციას საქართველოს სსკ-ის 151¹-ე მუხლის დისპოზიციაში აღწერილი არც ერთი შედეგი არ მოჰყოლია, მაშინ არც დანაშაულის ჩადენას ექნება ადგილი.

გარდა უკანონო თვალთვალისა და არასასურველი კომუნიკაციის დამყარებისა, ობიექტური მხრივ, ადევნება ასევე გამოიხატება სხვა ნებისმიერ განზრახ მოქმედებაშიც, რაც მსხვერპლში იწვევს ზემომითითებულ შედეგს - ფსიქიკურ ტანჯვას ან/და საფუძვლიან შიშს და ნეგატიურ გავლენას მსხვერპლის ცხოვრების წესზე. (მაგ., პირი თავის მსხვერპლს, პირადად, ან ამა თუ იმ პირის მეშვეობით, საჩუქრის სახით უგზავნის სხვადასხვა ნივთებს, ფულს, ყვავილებს და ა.შ. მსხვერპლის საცხოვრებელ, სამუშაო თუ დასასვენებელი ადგილსამყოფელის მისამართებზე).

აღნიშნული მუხლის მეორე ნაწილი ითვალისწინებს დანაშაულის კვალიფიციურ შემადგენლობას. დამამძიმებელ გარემოებადაა მიჩნეული, როცა აღნიშნულ დანაშაულს პირი ჩადის წინასწარი შეცნობით არასრულწლოვნის, უმწეო მდგომარეობაში მყოფის, შეზღუდული შესაძლებლობის მქონე პირის ან ორსული ქალის მიმართ; ასევე როდესაც აღნიშნულ ქმედებას დამნაშავე ჩადის ჯგუფურად, არაერთგზის, სამსახურებრივი მდგომარეობის გამოყენებით.

ადევნება მიეკუთვნება ნაკლებად მძიმე კატეგორიის დანაშაულთა რიცხვს. მისი ჩადენის შემთხვევაში დამნაშავე ისჯება ჯარიმით ან საზოგადოებისათვის სასარგებლო შრომით ვადით ას ოციდან ას ოთხმოც საათამდე, ანდა თავისუფლების აღკვეთით ორ წლამდე, იარაღთან დაკავშირებული უფლებების შეზღუდვით ან უამისოდ. დამამძიმებელი გარემოებების არსებობის შემთხვევაში ამდევნებელი ისჯება თავისუფლების აღკვეთით ორიდან ხუთ წლამდე, იარაღთან დაკავშირებული უფლებების შეზღუდვით ან უამისოდ.

ადევნების სუბიექტია ყოველი შერაცხადი ფიზიკური პირი 14 წლის ასაკიდან, რომელიც შეიძლება მოქმედებდეს პირადად ან მესამე პირების მეშვეობით. სუბიექტური მხრივ, ადევნება ხორციელდება წინასწარი განზრახვით. დამნაშავე აცნობიერებს, რომ მსხვერპლის მიმართ სისტემატური უკანონო თვალთვალი, არასასურველი კომუნიკაციის დამყარება და სხვა განზრახი ქმედება, ამ უკანასკნელში იწვევს ფსიქიკურ ტანჯვას ან ძალადობის გამოყენების ან ქონების განადგურების საფუძვლიან შიშს, რაც დაზარალებულს აიძულებს, მნიშვნელოვნად შეცვალოს ცხოვრების წესი, ან უქმნის ცხოვრების წესის მნიშვნელოვნად შეცვლის საჭიროებას და სურს ამ შედეგის გამონევა, რათა თავის კონტროლს დაუქვემდებაროს დაზარალებული.

2. ადევნების ადგილი საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსით გათვალისწინებულ ძალადობრივ დანაშაულთა შორის

2.1 ადევნება, როგორც ფსიქიკური ძალადობა

ჰარმონიულ დამოკიდებულებასთან ერთად, ქალსა და მამაკაცს შორის ხშირია კონფლიქტები, რასაც თან ახლავს ძალადობა. კონფლიქტი, ლათინურიდან - *conflictus*, სიტყვასიტყვით შეჯახებას ნიშნავს. მასში იგულისხმება მხარეებს შორის დაპირისპირება, შეუთანხმებლობა, დაძაბულობა. არსებობს ქართული შესატყვისი სიტყვებიც - დავა, შეჯახება, შეხლა-შემოხლა, ჩხუბი, გაუგებრობა.⁶ ძალადობა ადამიანის ბუნების ნიშანდობლივი მახასიათებელია. იგი სათავეს საუკუნეთა სიღრმიდან იღებს და თან სდევს კაცობრიობის განვითარებას მთელი მისი ისტორიის მანძილზე.⁷ სისხლის სამართალში ძალადობის ცნებას აქვს როგორც საზოგადოდ მღებული, ასევე ფილოსოფიური მნიშვნელობა. ასე, მაგალითად, ა. პიონტოკოვსკი აღნიშნავდა, რომ ძალადობრივი ზემოქმედება პიროვნების მიმართ, მდგომარეობს მის ყოველგვარ იძულებაში იმ ქმედებების განსახორციელებლად, რაც

⁶ ჯორბენაძე რ., პოლიტიკური კონფლიქტის მართვა, მეცნიერება, თბ. 2001, გვ. 6.

⁷ *Насильственная преступность*, под ред. В.Н. Кудрявцева и А.В. Наумова. М. 1997, გვ 11.

ენინააღმდეგება მის სურვილებს.⁸ სისხლის სამართლის თეორია დანაშაულებრივი ძალადობის ყოველგვარ გამოვლინებას ჰყოფს ფიზიკურ და ფსიქიკურ ძალადობად. ფსიქიკური ძალადობა - ეს არის ძალადობის გამოყენების მუქარა. მის ყველაზე უფრო გავრცელებულ სახეს წარმოადგენს ფიზიკური ძალადობის განხორციელების მუქარა (მკვლელობის მუქარა, ჯანმრთელობისთვის ზიანის მიყენების მუქარა, თავისუფლების აღკვეთის მუქარა). თუმცა ფსიქიკური ძალადობა არ ნიშნავს მხოლოდ ფიზიკური ძალადობის გამოყენების მუქარას. მას ასევე მიეკუთვნება ქონების განადგურების ან დაზიანების მუქარა, ისეთი მონაცემების გავრცელების მუქარა, რომელთაც შეუძლიათ არსებითი ზიანი მიაყენონ დაზარალებულის ან მისი ახლობლების კანონიერ უფლებებსა და ინტერესებს.⁹ ადევნება ძალადობის ერთ-ერთი ფორმა, კერძოდ ფსიქიკური ძალადობაა. „ფსიქიკური ძალადობა არის ისეთი ქმედება, რომელსაც შეუძლია ადამიანის ფსიქიკის მოშლა, ანუ მისი გონებრივი და სულიერი მდგომარეობისთვის ზიანის მიყენება.“¹⁰ ადევნების დროს დამნაშავე თავისი აქტიური მოქმედებებით ფსიქიკურად ძალადობს დაზარალებულზე, რაც იმაში გამოიხატება, რომ მასში ინვესს ფსიქიკურ ტანჯვას, ან/და ძალადობის გამოყენებისა და ქონების განადგურების საფუძვლიან შიშს, რაც აიძულებს მსხვერპლს მნიშვნელოვნად შეცვალოს თავისი ცხოვრების წესი, ან უქმნის მისი მნიშვნელოვნად შეცვლის რეალურ საჭიროებას. ადევნებამ შეიძლება გამოიწვიოს ნერვული აშლილობა, დეპრესია, ჩაკეტილობა, უნდობლობა ახლობლების, საზოგადოების მიმართ და ა.შ.

2.2 ადევნების გამიჯვნა იძულებისა და მუქარისგან

ადევნება “გარეგნულად“ ჰგავს ისეთ „ტრადიციულ“ დანაშაულებს, როგორიცაა იძულება და მუქარა, რაც თავის დროზე ინვესს და სექსტიკურ დამოკიდებულებას აღნიშნული ქმედების კრიმინალიზა-

⁸ იქვე, გვ. 50.

⁹ Насильственная преступность, под ред. В. Н. Кудрявцева и А. В. Наумова. М. 1997, გვ. 50.

¹⁰ შალიკაშვილი მ., ძალადობის კრიმინოლოგია, თბ. 2012, გვ. 18.

ციის მონინაალმდეგებში. თუმცა, დასახელებულ ქმედებებს შორის არსებითი განმასხვავებელი ნიშნები საქართველოს სისხლის სამართლის კანონმდებლობაში მათ დამოუკიდებელ შემადგენლობებად აღიარებას განაპირობებს. პირველ რიგში, განვიხილოთ იძულებისა და ადევნების საერთო და განმასხვავებელი ნიშნები. საქართველოს სსკ-ის 150-ე მუხლი იძულებას განსაზღვრავს, როგორც ადამიანის ქმედების თავისუფლების უკანონო შეზღუდვას, კერძოდ, ფიზიკური პირის ფიზიკურ და ფსიქიკურ იძულებას შეასრულოს ან არ შეასრულოს მოქმედება, ან/და საკუთარ თავზე განიცადოს თავისი ნება-სურვილის საწინააღმდეგო ზემოქმედება. როგორც წინა თავში ვისაუბრეთ, ადევნების ობიექტური მხარისთვის, როგორც შედეგისთვის, დამახასიათებელია დაზარალებულის იძულება, რაც, ამ უკანასკნელის ნება-სურვილის საწინააღმდეგოდ, მისი ცხოვრების წესის მნიშვნელოვნად შეცვლაში გამოიხატება. მსგავსება ამ ორ დანაშაულს შორის იმაში მდგომარეობს, რომ ორივე შემთხვევაში: 1. დანაშაულებრივი ქმედებით იზღუდება მსხვერპლის თავისუფლება - იძულების დროს დაზარალებული მოკლებულია შესაძლებლობას კანონის ფარგლებში იმოქმედოს საკუთარი შეხედულებისამებრ; ადევნების შედეგად ასევე ირღვევა მსხვერპლის თავისუფალი ცხოვრების, თავისუფალი გადაადგილების, მშვიდ და მყუდრო გარემოში საქმიანობის უფლება; 2. დანაშავის მიზანია დაზარალებულს საკუთარ თავზე განაცდევინოს მისი ნება-სურვილის საწინააღმდეგო ზემოქმედება - იძულების დროს ამას ადგილი აქვს, მაგალითად, როცა დაზარალებულს აიძულებენ დალიოს ახალი სამედიცინო პრეპარატი; ადევნების ყველა ფორმის განხორციელებისას, იქნება ეს უკანონო თვალთვალი, არასასურველი კომუნიკაციის დამყარება, თუ სხვა ამგვარი ქმედება, მსხვერპლი ასევე განიცდის მისი ნება-სურვილის საწინააღმდეგო ზემოქმედებას ამდევნებელის მხრიდან; 3. დანაშაულის ჩადენა ხდება აქტიური მოქმედების შედეგად - იძულების დროს დაზარალებულის ნების ხელყოფა ხდება ძალადობრივი (ფიზიკური და ფსიქიკური) ზემოქმედებების გზით; ადევნებაც ხორციელდება სისტემატური და აქტიური მოქმედებებით - უკანონო თვალთვალთ, არასასურველი კომუნიკაციით თუ სხვა ამგვარი განზრახვი ქმედებებით (შეურაცხყოფის

მიყენებით, დაშინებით, დამცირებით, ფიზიკური შეხებით — მაგ., ამდევნებლის მიერ მსხვერპლის მისკენ შემობრუნებით); 4. დანაშაული ჩადენილია პირდაპირი განზრახვით — როგორც იძულების, ასევე ადევნების ჩადენისას, დამნაშავე ითვალისწინებს თავისი მოქმედების მართლწინააღმდეგობას, ამ მოქმედებით გამოწვეულ მართლწინააღმდეგო შედეგს და სურს ეს შედეგი; 5. დანაშაულებრივი ქმედების ერთ-ერთი შედეგი ადევნების დროსაც შეიძლება იყოს პირის იძულება (მნიშვნელოვნად შეცვალოს ცხოვრების წესი); 6. ქმედების დანაშაულად კვალიფიკაციისთვის მოტივს მნიშვნელობა არა აქვს; 7. ქმედების დანაშაულად კვალიფიკაციისთვის მიზანს მნიშვნელობა აქვს. თუ დამნაშავე მიზანს ვერ მიაღწევს, ქმედება, როგორც იძულების, ასევე ადევნების შემთხვევაში, კვალიფიცირდება დანაშაულის ჩადენის მცდელობად; 8. დანაშაულის ჩადენა არასრულწლოვნის მიმართ განიხილება დამამძიმებელ გარემოებად.

რაც შეეხება იძულებისა და ადევნების გამიჯვნას, აქ განმასხვავებელი ნიშნებია: 1. ადევნების ჩადენის დროს დაზარალებულის მიმართ, როგორც ფიზიკური, ასევე ფსიქიკური ძალადობის (საქართველოს სსკ-ის 151-ე მუხლით გათვალისწინებული მუქარის) განხორციელებას ადგილი არა აქვს, მაშინ, როდესაც იძულების დროს, დამნაშავე ფიზიკური და ფსიქიკური ძალადობის გამოყენებით ზღუდავს დაზარალებულის ქმედების თავისუფლებას 2. იძულების დროს, დამნაშავეს მიზანია პირი აიძულოს შეასრულოს ან არ შეასრულოს რაიმე კონკრეტული ქმედება, მაშინ, როდესაც ადევნებისას, დამნაშავე მიისწრაფვის დაზარალებულში ზოგადად სტრესის, ტანჯვის, შიშის გამოწვევისა და მისი ცხოვრების წესზე უარყოფითი გავლენის მოხდენის მიზნისკენ.

ადევნება, თავისი შემადგენლობით, ასევე ჰგავს საქართველოს სსკ-ის 151-ე მუხლით გათვალისწინებულ დანაშაულს - მუქარას. ორივე დანაშაულის ჩადენის შემთხვევაში: 1. ხელყოფის ობიექტია დაზარალებულის ფსიქიკური ხელშეუხებლობა და ჯანმრთელობა, მისი უფლება იცხოვროს მშვიდ, უსაფრთხო და მყუდრო გარემოში; 2. დანაშაულებრივი შედეგია ძალადობის გამოყენების და ქონების განადგურების საფუძვლიანი შიშის გამოწვევა დაზარალებულში, რა

მიზნისკენაც მიისწრაფვის დამნაშავე. 3. დანაშაულის ჩადენა ხდება აქტიური მოქმედებებით - საქართველოს სსკ-ის 151-ე მუხლით გათვალისწინებული დანაშაულის ჩადენის დროს სიცოცხლის მოსპობის, ჯანმრთელობის დაზიანების და ქონების განადგურების დამუქრებით; ადევნებაც ხორციელდება სისტემატური უკანონო თვალთვალთ, არასასურველი კომუნიკაციით თუ სხვა ამგვარი ქმედებებით, რასაც შეიძლება ახლდეს ფსიქიკური ძალადობაც (გარდა საქართველოს სსკ-ის 151-ე მუხლით გათვალისწინებული სამი სახის მუქარისა); მითითებული დანაშაულების ჩადენა უმოქმედობით შეუძლებელია; 4. ქმედების კვალიფიკაციისთვის მოტივს მნიშვნელობა არა აქვს; 5. თუკი იმ პირს, ვისაც სიცოცხლის მოსპობის, ჯანმრთელობის დაზიანების და ქონების განადგურებით ემუქრებიან, არ გაუჩნდა მისი განხორციელების საფუძვლიანი შიში, ისევე როგორც ამდევნებლის მიზანმიმართულმა აქტიურმა მოქმედებებმა პირს ვერ განაცდევინა ძალადობის გამოყენებისა და ქონების განადგურების საფუძვლიანი შიში, არც დანაშაულის ჩადენას ექნება ადგილი.

რაც შეეხება განსხვავებებს: 1. საქართველოს სსკ-ის 151-ე მუხლით გათვალისწინებული მუქარა შეზღუდულია, ის სულ სამი სახისაა – დაზარალებულს ემუქრებიან სიცოცხლის მოსპობით, ჯანმრთელობის დაზიანებით და ქონების განადგურებით, რასაც ადგილი არა აქვს ადევნების დროს; ძალადობის გამოყენების და ქონების განადგურების საფუძვლიანი შიში მსხვერპლს ეუფლება ამდევნებლის სისტემატური უკანონო თვალთვალთ, არასასურველი კომუნიკაციით თუ სხვა ამგვარი განზრახვი მოქმედებებით; 2. მუქარისგან განსხვავებით, ადევნების დროს, ფსიქიკური ხელშეუხებლობისა გარდა, ხელყოფის ობიექტია ასევე ადამიანის თავისუფლება, თავისუფალი ცხოვრებისა და გადაადგილების უფლება; 3. თუ მუქარა დამთავრებულია დაზარალებულში საფუძვლიანი შიშის გამონვევის მომენტიდან, ადევნების შემადგენლობის დამთავრებულად ცნობისთვის მხოლოდ საფუძვლიანი შიშის გამონვევა არ არის საკმარისი - ამდევნებლის მხრიდან დაზარალებულმა უნდა განიცადოს ისეთი შიში, რაც მას აიძულებს მნიშვნელოვნად შეცვალოს ცხოვრების წესი ან ასეთი წესის მნიშვნელოვნად შეცვლის საჭიროებას შეუქმნის; 4. ადევნების-

გან განსხვავებით, მუქარის შემადგენლობას არა აქვს დამამძიმებელი გარემოებები.

3. აღეცნების უძღარეპითი ანალიზი საზღვარგარეთის ქვეყნების კანონმდებლობის მიხედვით

გადაკიდება, თვალთვალი, „სტალკინგი“ (იგივე ადევნება), საერთაშორისოდ აღიარებული ტერმინია და შემანუხებელ ზარებს, შეტყობინებებს ან პირის ქონების დაზიანებას გულისხმობს. მიუხედავად იმისა, რომ ასეთი საკანონმდებლო ნორმა საქართველოსთვის ახალია, მსგავსი პრაქტიკა სხვადასხვა ქვეყანაში უკვე ათწლეულებია არსებობს. „სტალკინგი“ – თვალთვალი კრიმინალიზებული საზღვარგარეთის ისეთ ქვეყნებში, როგორცაა ამერიკის შეერთებული შტატები, გერმანია, ჰოლანდია, პოლონეთი და ა.შ. საერთაშორისო გამოცდილების მიხედვით, „სტალკინგის“ მსხვერპლნი, ძირითადად, ქალები არიან და შევიწროებას, უმეტესწილად, მოქმედი ან ყოფილი პარტნიორების მხრიდან განიცდიან.

გერმანიის სსკ-ის 238-ე მუხლის თანახმად, უკანონო თვალთვალი (Nachstellung) ისჯება ჯარიმით ან თავისუფლების აღკვეთით. აღნიშნულ მუხლს აქვს მაკვალიფიცირებელი შემადგენლობაც და მაქსიმალური სასჯელი 10 წლამდე თავისუფლების აღკვეთასაც კი ითვალისწინებს.

ჰოლანდიის სსკ-ის 285b მუხლის თანახმად, „სტალკინგი“ ნიშნავს უკანონო და სისტემატურ თვალთვალს, რომელიც ადამიანში შიშს იწვევს. აღნიშნული მუხლის თანახმად, სტალკინგი ისჯება ჯარიმით ან თავისუფლების აღკვეთით.

აშშ-ში „სტალკინგი“ სხვადასხვა შტატში სხვადასხვაგვარად განიმარტება დაისჯება. მაგ., ტეხასის შტატში „სტალკინგი“ შესაძლებელია განხორციელდეს შემდეგი ფორმით: მსხვერპლის ან მისი ოჯახის წევრზე ადევნებით, მსხვერპლის საკუთრების განადგურებით, მსხვერპლის საცხოვრებელი სახლის ან პირადი ნივთების დაზიანებით, განადგურებით, ელექტრონული საფოსტო გზავნილები-სა და ტელეფონზე მოკლე ტექსტური შეტყობინებების გაგზავნით. ტეხასის შტატში „სტალკინგი“ ისჯება სისხლის სამართლის კოდექსის

42.072 მუხლით. კალიფორნიის სსკ-ის 649.9.-ე პარაგრაფის თანახმად, „სტალკინგი“ ეს არის პირის მიერ მეორე პირის მიმართ ბოროტგანზრახულად და არაერთგზის ადევნების განხორციელება ან პირის ბოროტგანზრახულად შევიწროება, რასაც თან სდევს რეალური მუქარა იმ მიზნით, რომ მსხვერპლში გამონვეულ იქნას გონივრული შიში მისი ან მისი ოჯახის, ან ახლო ნათესავების უსაფრთხოების მიმართ. აღნიშნული დანაშაულის ჩადენისათვის გათვალისწინებულია თავისუფლების აღკვეთა, საოლქო ციხეში მოხდით, ვადით არა უმეტეს ერთი წლისა ან/და ჯარიმით არაუმეტეს ათასი (1000 აშშ დოლარი) დოლარისა, ან თავისუფლების აღკვეთა ვადით არა უმეტეს ერთი წლისა, სახელმწიფო ციხეში მოხდით. აღნიშნული პარაგრაფით გათვალისწინებული კვალიფიციური შემადგენლობებისთვის გათვალისწინებულია უფრო მკაცრი სანქციები, კერძოდ, თავისუფლების აღკვეთის ვადა იზრდება ორიდან ხუთ წლამდე ვადით.

ბელგიის 1998 წლის 30 ოქტომბრის კანონის თანახმად, „სტალკინგი“ ნიშნავს პირის მიმართ არაერთგზის — სისტემატურ, შემანუხებელ ადევნებას, თვალთვალს ან შევიწროებას, რაც პირის შფოთვისა და ტანჯვას იწვევს.

დიდ ბრიტანეთსა და უელსში, „თავისუფლებათა დაცვის შესახებ“ 2012 წლის აქტით, დამატებით განისაზღვრა ორი ახალი დანაშაული: სტალკინგი და მწვავე სტალკინგი, რომელიც მსხვერპლში იწვევს ძალადობის შიშს ან შფოთვის ან ტანჯვას. სტალკინგი განისაზღვრება, როგორც პირის შევიწროება, რაც გამოიხატება სამართალდამრღვევის მიერ მსხვერპლთან კონტაქტის დამყარების მუდმივ ან არაერთგზის მცდელობაში. მაგალითად, მსხვერპლის გაკონტროლება ინტერნეტის, ელფოსტის ან კომუნიკაციის სხვა ელექტრონული საშუალებების გამოყენებით; ნებისმიერ ადგილას (საჯარო თუ კერძო) მსხვერპლის საკუთრებაში შეჭრა; მის მიმართ თვალთვალისა და ჯაშუშობის განხორციელება, რის შედეგადაც მსხვერპლს ეზღუდება თავისუფლება. შევიწროების აღსანიშნავად ხსენებული აქტი იყენებს ფრაზას - „მნიშვნელოვანი უარყოფითი ზემოქმედება ყოველდღიურ საქმიანობაზე“. სტალკერის (ამდევნებელის) ყურადღებისგან თავის დასაღწევად გამოიყენება ისეთი ღონისძიებები, როგორიცაა

მსხვერპლის აღჭურვა დაცვის სპეციალური მოწყობილობებით, სამსახურისკენ მიმავალი მარშრუტის შეცვლა; ბავშვის სკოლიდან გამოყვანის ორგანიზება სხვა პირების მიერ და სხვა. ადევნებისთვის სასჯელის სახით გათვალისწინებულია ჯარიმა ან თავისუფლების აღკვეთა ვადით არაუმეტეს 51 კვირისა, ხოლო მისი განმეორებით ჩადენისთვის, მწვავე სტალკინგის ან უფრო სერიოზული შედეგების გამოწვევის შემთხვევაში (რაც იწვევს ძალადობის შიშს ან სერიოზულ შფოთვის ან ტანჯვას) — თავისუფლების აღკვეთა არაუმეტეს 5 წლის ვადით.

კანადის სისხლის სამართლის კანონმდებლობით ადევნება (სტალკინგი) განიმარტება, როგორც დანაშაულებრივი შევიწროება. კერძოდ, კანადის სსკ-ის 264-ე მუხლის თანახმად, დანაშაულებრივი შევიწროება განსაზღვრება, როგორც არაერთგზისი და არასასურველი ყურადღების გამოჩენა, რომელიც ადამიანში თუ მის ნაცნობებში პირადი უსაფრთხოების მიმართ შიშს იწვევს. აღნიშნული შეიძლება გამოიხატოს ისეთ ქმედებებში, რომლებიც ფიზიკური ძალადობის გამოყენების აშკარა მუქარას არ შეიცავენ. სტალკინგი ისეთ ქმედებებს მოიცავს, როგორცაა პირის სახლთან, სამსახურთან, სკოლასთან დალოდება, ფიზიკური თუ ელექტრონული თვალთვალი, ქონების დაზიანება, თუ სხვადასხვა სახის არასასურველი კომუნიკაცია [მუხლი 372(2) და (3)]. აღნიშნული დანაშაულისთვის სასჯელის სახით გათვალისწინებულია თავისუფლების აღკვეთა არაუმეტეს 10 წლისა.

ესპანეთის სსკ-ში ტერმინი- *stalking* არ არის განსაზღვრული, მაგრამ ტერმინი “ფიზიკური შევიწროება” არსებობს. კერძოდ, 173.1 მუხლის თანახმად, სხვა პირის მიმართ დამამცირებელი მოპყრობა, რაც სერიოზულ ზიანს აყენებს პირის მორალურ ხელშეუხებლობას, ისჯება თავისუფლების აღკვეთით ვადით ექვსი თვიდან ორ წლამდე ვადით. იგივე სასჯელი ეკისრებათ იმ პირებს, რომლებიც შრომითი ურთიერთობის ან საჯარო სამსახურის ფარგლებში სარგებლობენ რა თავიანთი უპირატესი სტატუსით, ახორციელებენ არაერთგვარად-სისტემატურ ისეთ მტრულ ან დამამცირებელ მოქმედებებს, რასაც არ შეიძლება დამამცირებელი მოპყრობის სტატუსი მიენიჭოს, მაგრამ წარმოადგენენ მსხვერპლის სერიოზულ შევიწროებას.

საფრანგეთის 2010 წლის 9 ივლისის n2010-769 კანონის, კერძოდ, 222-33-2-1 მუხლის თანახმად, სამოქალაქო სოლიდარობის პაქტით გათვალისწინებული მეუღლის ან პარტნიორის შევიწროება, რაც ჩადენილია არაერთგზისი, განმეორებითი ქმედებებით, რამაც პირის ფიზიკური და ფსიქიკური ჯანმრთელობის დაზიანება გამოიწვია, ისჯება თავისუფლების აღკვეთით ვადით სამ წლამდე და ჯარიმით 45 000 ევრომდე. იგივე სანქციები გამოიყენება, როდესაც დანაშაული მსხვერპლის ყოფილი მეუღლის ან ყოფილი პარტნიორის მხრიდანაა ჩადენილი.

ავსტრიის სსკ-ით, stalking განისაზღვრება, როგორც “მუდმივი დევნა“. აღნიშნული სისხლის სამართლის კოდექსის 107a სექცია განასხვავებს ოთხი ტიპის „სტალკინგს“, რომელთაგან თითოეული მათგანისთვის შეიძლება გამოყენებული იქნას თავისუფლების აღკვეთა ვადით ერთ წლამდე, ესენია: ა) დაზარალებულთან მიახლოების მცდელობა; ბ) დაზარალებულთან დაკავშირება განმეორებითი წერილების, სატელეფონო ზარების, ელ-ფოსტის ან SMS- ებით; გ) დაზარალებულისთვის სხვადასხვა საქონლის ან მომსახურების შეკვეთა მისი პერსონალური მონაცემების გამოყენებით და დ) სხვა პირების გამოყენება დაზარალებულთან დასაკავშირებლად, ამ უკანასკნელის პირადი მონაცემების გამოყენებით.

ევროკავშირის ზოგიერთ ქვეყნებში ადევნების შემადგენლობის აუცილებელი ელემენტია ნეგატიური შედეგის გამოწვევა, კერძოდ ის, რომ მსხვერპლმა ამდევნებლის ქმედებების შედეგად განიცადოს შიში, რის გარეშეც, ამგვარ კანონმდებლობებში ქმედება ჩაითვლება შევიწროებად (Harassment) და არა ადევნებად. ამ მიდგომის ოპონენტებს კი მიაჩნიათ, რომ ფოკუსირება შიშზე, როგორც ადევნების აუცილებელ ელემენტზე, არის ზედმეტად შემზღუდველი და დაცვის გარეშე ტოვებს მსხვერპლს იმ ფაზაში, როდესაც მის მიმართ სიტუაცია ჯერ არ არის გამწვავებული და ადრეულ სისხლისსამართლებრივ ჩარევას შეეძლო მოეხდინა ვითარების გართულების პრევენცია და ფიზიკური თავდასხმის რისკების შემცირება. აქვე დგება აღნიშნული ნეგატიური შედეგის მტკიცების საკითხი. როგორც საქართველოში, ისე გერმანიაში პროკურორმა უნდა დაამტკიცოს, რომ ადევნებამ

მნიშვნელოვნად დაარღვია მსხვერპლის ცხოვრების სტილი.¹¹

4. ადევნება საძარტველს სსსამართლო პრაქტიკის მიხედვით

2017 წლის მაისიდან 2019 წლის აპრილამდე პერიოდში, ადევნების მუხლით გამოძიება დაიწყო 182 სისხლის სამართლის საქმეზე, საიდანაც რაიონულ/საქალაქო სასამართლოებში 34 საქმეზე დადგა გამამტყუნებელი განაჩენი. სისხლის სამართლის კოდექსის 1511 მუხლით მსჯავრდებული 34 პირიდან 2 არის ქალი. ქვემოთ შემოგთავაზებთ კვლევის პროცესში შესწავლილ, ცალკეული რაიონული/საქალაქო სასამართლოების პრაქტიკას ადევნების მუხლით მსჯავრდების საქმეებზე:

№1-270/17 საქმეზე ხელვაჩაურის რაიონული სასამართლოს 07.12.2017 წლის განაჩენით დამტკიცდა ხელვაჩაურის რაიონული პროკურატურაში დადებული საპროცესო შეთანხმება, რომლის ძალითაც ბრალდებული ლევან ცეცხლაძე ცნობილი იქნა დამნაშავედ საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსის 111-151¹-ე მუხლის პირველი ნაწილით გათვალისწინებული დანაშაულის ჩადენისთვის. საპროცესო შეთანხმების თანახმად, ბრალდებულმა ლ. ცეცხლაძემ ჩაიდინა ოჯახის წევრის განზრახ უკანონო თვალთვალი, არასასურველი კომუნიკაციის დამყარება ტელეფონის საშუალებით, რომელიც სისტემატურად ხორციელდება და ინვესს პირის ფსიქიკურ ტანჯვას, რაც პირს ცხოვრების წესის მნიშვნელოვნად შეცვლას აიძულებს. აღნიშნული ქმედება გამოიხატა შემდეგში: ლევან ცეცხლაძე, 2017 წლის ივლისიდან ოქტომბრამდე შუალედში, ქალაქ ბათუმის მუნიციპალიტეტის ტერიტორიაზე, ყოფილი მეუღლის - ნონა სიმონიას მიმართ სისტემატურად ახორციელებდა ადევნებას, ასევე არასასურველ კომუნიკაციას ამყარებდა ტელეფონის საშუალებით, რამაც გამოიწვია ნ. სიმონიას ფსიქიკური ტანჯვა და იგი აიძულა მნიშვნელოვნად შეეცვალა ცხოვრების წესი. აღნიშნული განაჩენით, ბრალდებულ ლ. ცეცხლაძეს დაენიშნა პირობითი მსჯავრი-თავისუფლების აღკვეთა ერთი წლის ვადით, ერთწლიანი გამოსაცდელი ვადით.

¹¹ მერებაშვილი ნ., ადევნების დასჯადობის ლეგიტიმაცია, ჟ. „სისხლის სამართლის აქტუალური საკითხები“ №3, 2017, გვ. 73-74.

ზემომოთხატულ განაჩენში მოსამართლე ეყრდნობა საპროცესო შეთანხმებაში პროკურორის მიერ ჩამოყალიბებული ბრალდების ფორმულირებას და არ ავითარებს მსჯელობას, თუ კონკრეტულად რაში გამოიხატებოდა ნ. სიმონიას მიმართ ლ. ცეცხლაძის მიერ სისტემატური ადევნების ჩადენა. მოსამართლე მხოლოდ მიუთითებს, რომ, ადევნების გარდა, დამნაშავე ნ. სიმონიასთან, ასევე, ამყარებდა არსასურველ კომუნიკაციას ტელეფონის საშუალებით. ბუნდოვანია რა კომპლექსურ გარემოებებზე დაყრდნობით მოხდა სამართლებრივი შეფასება, რომ ნ. სიმონიამ იძულებით შეიცვალა ცხოვრების წესი.

ადევნების ფაქტზე, საქმის არსებითი განხილვის გარეშე, განაჩენი გამოტანილია იმავე სასამართლოს მიერ სხვა საქმეზეც. კერძოდ, №1-288/17 საქმეზე, ხელვაჩაურის რაიონული სასამართლოს 2017 წლის 22 დეკემბრის განაჩენით, დამტკიცდა ხელვაჩაურის რაიონული პროკურატურაში დადებული საპროცესო შეთანხმება, რომლის ძალითაც ბრალდებული მამუკა შარაბიძე ცნობილი იქნა დამნაშავედ საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსის 151¹-ე მუხლის პირველი ნაწილით გათვალისწინებული დანაშაულის ჩადენაში. საპროცესო შეთანხმების თანახმად, ბრალდებულმა მ. შარაბიძემ ჩაიდინა ადევნება, ესე იგი პირადად, სისტემატურად არასასურველი კომუნიკაციის დამყარება ტელეფონის და ელექტრონული საშუალებით, რამაც გამოიწვია პირის ფსიქიკური ტანჯვა და პირს ცხოვრების წესის მნიშვნელოვნად შეცვლა აიძულა. აღნიშნული გამოიხატა შემდეგში: 2017 წლის აგვისტოდან 2017 წლის 30 სექტემბრამდე პერიოდში, ქ. ბათუმის და სოფელ მახინჯაურის ტერიტორიაზე, მ. შარაბიძე, პირადად, ცოლად შერთვის მოტივით, სანო ბეჟანიძის მიმართ სისტემატურად ახორციელებდა არასასურველი კომუნიკაციის დამყარებას ტელეფონისა და კომპიუტერული ტექნიკის საშუალებით, რაც იწვევდა ს. ბეჟანიძის ფსიქიკურ ტანჯვას და ამ უკანასკნელს ცხოვრების წესის მნიშვნელოვნად შეცვლას აიძულებდა. აღნიშნული განაჩენით, განსასჯელ მ. შარაბიძეს დაენიშნა პირობითი მსჯავრი - თავისუფლების აღკვეთა ერთი წლის ვადით, ერთწლიანი გამოსაცდელი ვადით.

ამ განაჩენში გამოკვეთილია დამნაშავისთვის მსჯავრად შერაცხ-

ული ინკრიმინირებული ქმედების ჩადენის მოტივი, კერძოდ, ს. ბე-
ჟანიძის ცოლად შერთვა. განაჩენით ბუნდოვანია ჩატარდა, თუ არა
სასამართლო-ფსიქოლოგიური ექსპერტიზა, დაზარალებულის ფსიქი-
კური ტანჯვის დასადგენად; ასევე, გაურკვეველია, სასამართლომ რა
კომპლექსურ გარემოებებზე დაყრდნობით მოახდინა სამართლებრივი
შეფასება, რომ დაზარალებულმა იძულებით შეიცვალა ცხოვების წესი
და რაში გამოიხატებოდა ცხოვების წესის მნიშვნელოვნად შეცვლა.

№1-142/18 საქმეზე, რუსთავის საქალაქო სასამართლოს სისხ-
ლის სამართლის საქმეთა კოლეგიის 14.03.2018 წლის განაჩენით,
დამტკიცდა რუსთავის პროკურატურაში დადებული საპროცესო
შეთანხმება, რომლის ძალითაც ბრალდებული ბუბა კიკნაძე ცნობი-
ლი იქნა დამნაშავედ საქართველოს სსკ-ის 151¹-ე მუხლის პირველი
ნაწილით გათვალისწინებული დანაშაულის ჩადენისთვის. საპროცესო
შეთანხმების თანახმად, ბრალდებულმა ჩაიდინა პირადად და მესამე
პირის მეშვეობით პირის უკანონო თვალთვალი და არასასურველი
კომუნიკაციის დამყარება ტელეფონის, ელექტრონული ან სხვა საშუ-
ალებით, ან ნებისმიერი სხვა განზრახი ქმედება, რომელიც სისტემატ-
ურად ხორციელდება და იწვევს პირის ფსიქიკურ ტანჯვას. აღნიშ-
ნული გამოიხატა შემდეგში: ბრალდებული ბ. კიკნაძე უკანასკნელი
ორი წლის განმავლობაში, ყოველდღიურად, როგორც პირადად, ისე
მესამე პირების - მეგობრების მეშვეობით, უკანონოდ უთვალთვა-
ლებდა ციციწო ხარბედიას, კერძოდ, აკითხავდა სახლთან, სახლში,
ასევე მასთან ტელეფონითა და სოციალური ქსელით ამყარებდა
არასასურველ კომუნიკაციას როგორც თავისი, ისე სხვა ადამიანების
ნომრებიდან ურეკავდა და სწერდა მოკლე ტექსტურ შეტყობინებებს,
ასევე უცხო ადამიანებისა და ფოსტის საშუალებით ყოველდღე უგ-
ზავნიდა საჩუქრებს. აღნიშნულმა მსხვერპლში გამოიწვია ფსიქიკური
ტანჯვა. აღნიშნული განაჩენით ბრალდებულ ბ. კიკნაძეს ძირითადი
სასჯელის სახედ და ზომად განესაზღვრა საზოგადოებისთვის სა-
სარგებლო შრომა 150 (ას ორმოცდაათი) საათის ხანგრძლივობით.

აღნიშნულ განაჩენში ყურადღებაა გამახვილებული უკანონო
თვალთვალის სახეზე — სახლში მიკითხვის გზით არასასურველ ვი-
ზუალურ კონტროლზე; არასასურველი კომუნიკაციის დამყარების

ფორმებზე — როგორც ტელეფონის და ელექტრონული საშუალებების, ისე სხვა საშუალებების მეშვეობით — როგორიცაა უცხო ადამიანებისა და ფოსტის საშუალებით საჩუქრების გაგზავნა. ლაც შეეხება ბ. კიკნაძის მსჯავრდებას საქართველოს სსკ-ის 151¹-ე მუხლის პირველი ნაწილით გათვალისწინებული დამთავრებული დანაშაულის ჩადენისთვის, მიგვაჩნია არასწორად: განაჩენის თანახმად, მსჯავრდებულის დანაშაულებრივმა მოქმედებებმა მსხვერპლში გამოიწვიეს მხოლოდ ფსიქიკური ტანჯვა ისე, რომ მსხვერპლი იძულებული არ გამხდარა მნიშვნელოვნად შეეცვალა ცხოვრების წესი და არც ამის რეალური საჭიროება შეჰქმნია, რაც აუცილებელ ნეგატიურ შედეგს წარმოადგენს ხსენებული დანაშაულის დამთავრებულად ცნობისათვის. აღნიშნულიდან გამომდინარე, სახეზეა დანაშაულის ჩადენის მცდელობა (საქართველოს სსკ-ის 19,151¹-ე მუხლი) და არა დამთავრებული დანაშაული.

თბილისის საქალაქო სასამართლოს სისხლის სამართლის საქმეთა საგამოძიებო, წინასასამართლო სხდომისა და არსებითი განხილვის კოლეგიის 2018 წლის 13 ივნისის განაჩენით, ბრალდებული მიხეილ ჯანჯალია ცნობილი იქნა დამნაშავედ საქართველოს სსკ-ის 151-ე მუხლის პირველი ნაწილითა და ამავე კოდექსის 151¹-ე მუხლის პირველი ნაწილით გათვალისწინებული დანაშაულისთვის. სასამართლომ დაადგინა, რომ მ. ჯანჯალიამ ჩაიდინა სიცოხლის მოსპობის მუქარა და ადევნება, ესე იგი ტელეფონის და ელექტრონული საშუალებით უკანონო კომუნიკაციის დამყარება, რამაც პირის ფსიქიკური ტანჯვა გამოიწვია. აღნიშნული გამოიხატა შემდეგში: 2018 წლის 28 მარტს მ. ჯანჯალია ტელეფონით დაუკავშირდა კარინა მანუკიანს და დაემუქრა სიცოცხლის მოსპობით, რაც ამ უკანასკნელმა რეალურად აღიქვა და გაუჩნდა მუქარის განხორციელების საფუძვლიანი შიში. მ. ჯანჯალია ტელეფონისა და სხვა ელექტრონული საშუალების გამოყენებით, სისტემატურად ამყარებდა არასასურველ კომუნიკაციას, როგორც კ. მანუკიანთან, ისე მისი ოჯახის წევრებთან, რამაც კ. მანუკიანის ფსიქოლოგიური ტანჯვა გამოიწვია. განაჩენში სასამართლომ არასასურველ კომუნიკაციად მიიჩნია ტელეფონისა და სხვა ელექტრონული საშუალების გამოყენებით სისტემატურად დაკავ-

შირება მსხვერპლთან, რის შედეგადაც ამ უკანასკნელმა განიცადა ფსიქიკური ტანჯვა, რაც დადასტურდა სასამართლო-ფსიქოლოგიური ექსპერტიზის შესაბამისი დასკვნით.

ზემოაღნიშნული განაჩენით მოსამართლემ დაადგინა, რომ მსჯავრდებულმა ჩაიდინა ტელეფონის და ელექტრონული საშუალებით უკანონო კომუნიკაციის დამყარება, რამაც პირის ფსიქიკური ტანჯვა გამოიწვია. აღნიშნული ქმედება მოსამართლემ არასწორედ დააკვალიფიცირა საქართველოს სსკ-ის 151¹-ე მუხლით, როგორც დამთავრებული დანაშაული, რადგან ხსენებული დანაშაულის დამთავრებულად ცნობისთვის, ადევნებით გამოწვეულ ერთ-ერთ შედეგთან ერთად (მოცემულ შემთხვევაში - ფსიქიკური ტანჯვა), აუცილებელია სახეზე გვექნოდეს დამატებითი შედეგი — ცხოვრების წესის მნიშვნელოვნად შეცვლის იძულება ან მისი მნიშვნელოვნად შეცვლის რეალური საჭიროების არსებობა, რაც არ დამდგარა. აღნიშნულიდან გამომდინარე, ადგილი აქვს ადევნების ჩადენის მცდელობას და მსჯავრდება უნდა მომხდარიყო საქართველოს სსკ-ის 19, 151¹-ე მუხლების საფუძველზე. საქართველოს სსკ-ის 151¹-ე მუხლის პირველი ნაწილით გათვალისწინებული დანაშაულის ჩადენისთვის მ. ჯანჯალიას სასჯელის სახედ და ზომად განესაზღვრა ერთი წლით თავისუფლების აღკვეთა, ხოლო საქართველოს სსკ-ის 151-ე მუხლის პირველი ნაწილით გათვალისწინებული დანაშაულის ჩადენისთვის — 9 (ცხრა) თვით თავისუფლების აღკვეთა. საქართველოს სსკ-ის 59-ე მუხლის საფუძველზე საბოლოოდ განესაზღვრა თავისუფლების აღკვეთა ერთი წლის ვადით.

იმავე კოლეგიის 2018 წლის 11 სექტემბრის განაჩენით ბრალდებული გიორგი გიგაშვილი ცნობილი იქნა დამნაშავედ საქართველოს სსკ-ის 151¹-ე მუხლის პირველი ნაწილით გათვალისწინებული დანაშაულისთვის. კერძოდ, სასამართლომ დაადგინა შემდეგი: 2011 წლიდან გ. გიგაშვილი და მარინა ჟღენტი იყვნენ შეყვარებულები, რომლებიც, გ. გიგაშვილის უმიზეზო ეჭვიანობისა და მძიმე ხასიათის გამო, ხშირად შორდებოდნენ ერთმანეთს, თუმცა, შემდეგ, კვლავ რიგდებოდნენ. 2017 წლის 30 დეკემბრიდან 2018 წლის 3 ივლისამდე დროის პერიოდში, გ. გიგაშვილი სისტემატურად, მის კუთვნილ „ტრიოტა

ვიტცის“ ფირმის ავტომანქანაში, სახ. ნომრით GXG 525, ფარულად დამონტაჟებული სპეციალური მონყობილობის, ე.წ. „ჯი პი ეს“-ის საშუალებით უკანონოდ უთვალთვალებდა მ. ჟღენტს, რომელთანაც ასევე ამყარებდა არასასურველ კომუნიკაციას ტელეფონის საშუალებით. 2018 წლის მაისში გ. გიგაშვილი შეხვდა მ. ჟღენტს ამ უკანასკნელის საცხოვრებელი სახლის ეზოში, მდებარე: თბილისში, ლვოვის ქ. 18-ში, სადაც გ. გიგაშვილი მ. ჟღენტს სთხოვდა შერიგებას, ნინაალმდეგ შემთხვევაში ემუქრებოდა სიცოცხლის მოსპობით — ყელის გამოჭრით, რაც მ. ჟღენტმა აღიქვა რეალურად და გაუჩნდა მისი განხორციელების საფუძვლიანი შიში. ასევე, გ. გიგაშვილი სისტემატურად ხვდებოდა მ. ჟღენტს სხვადასხვა ადგილას და ცდილობდა მის შეშინებას. 2018 წლის 2 ივლისს, გ. გიგაშვილი, მისი კუთვნილი ავტომანქანით, თბილისში, ქერჩის ქუჩაზე, აედევნა მ. ჟღენტს, რომელიც ასევე მართავდა ავტომანქანას და დაუწყო სიტყვიერი შეურაცხყოფის მიყენება, ასევე, მოუწოდებდა მანქანის გაჩერებისკენ, თუმცა, მ. ჟღენტმა შეძლო გ. გიგაშვილისგან თავის დაღწევა. მ. ჟღენტი გ. გიგაშვილის აღნიშნული ქმედებებით განიცდიდა ფსიქიკურ ტანჯვას, რის გამოც იძულებული გახდა შეეცვალა ცხოვრების წესი, კერძოდ, უჭირდა ღამით დაძინება, ასევე ღამის საათებში სახლში არ ანთებდა შუქს, ვინაიდან აღნიშნული არ შეეწინა გ. გიგაშვილს და არ დაერეკა მისთვის, ეშინოდა ქუჩაში მარტო სიარულისა და მუდმივად იმყოფებოდა სტრესულ მდგომარეობაში. ასევე, მ. ჟღენტი მის კუთვნილ ავტომანქანას აჩერებდა სახლიდან მოშორებით, რათა გ. გიგაშვილს არ შეემჩნია იგი. აღნიშნული დანაშაულის ჩადენისთვის გ. გიგაშვილს დაენიშნა სასჯელი — პირობითი მსჯავრი — თავისუფლების აღკვეთა ექვსი თვის ვადით, ერთწლიანი გამოსაცდელი ვადით.

აღნიშნული განაჩენით მოსამართლემ დაადგინა, რომ ბრალდებული სიცოცხლის მოსპობით (ყელის გამოჭრით) დაემუქრა დაზარალებულს, რის შედეგად ამ უკანასკნელს გაუჩნდა მისი სისრულეში მოყვანის საფუძვლიანი შიში. აღნიშნულის მიუხედავად, მოსამართლემ სსკ-ის 151 მუხლით გათვალისწინებული მუქარის კვალიფიკაცია ცალკე არ მოახდინა და აღნიშნულ ქმედებას მხოლოდ

ადევნების შემადგენლობის ფარგლებში მისცა სამართლებრივი შეფასება, რაც არასწორია. რაც შეეხება ადევნების შემადგენლობას, აქ სახეზეა უკანონო თვალთვალი, რაც გამოიხატებოდა ავტომატურად დამონტაჟებული სპეციალური მონაცემების, ე.წ. „ჯი პი ეს“-ს საშუალებით თვალთვალში, ა/მანქანით ადევნებაში, სხვადასხვა ადგილებში დახვედრაში; ტელეფონით არასასურველი კომუნიკაციაში; ამასთან, ადევნების მუხლით კვალიფიკაციისთვის აუცილებელ შედეგად, ცხოვრების წესის მნიშვნელოვნად შეცვლად, სასამართლომ მიიჩნია ის, რომ დაზარალებული ღამით შუქს აღარ ანთებდა (რათა ამდევნებელს არ დაენახა და არ დაერეკა მასთან), უჭირდა დაძინება, ემინოდა ქუჩაში მარტო სიარული. რაც შეეხება მოტივს, ის ყოფილ შეყვარებულთან შერიგებაა.

დასკვნა

ადევნების კრიმინალიზაცია სიახლეა ქართულ კანონმდებლობაში, ისევე როგორც ევროკავშირის ნევრ ქვეყნებში. თვით აშშ-ი, სადაც 1990-ანი წლების დასაწყისში მოხდა მისი დანაშაულად გამოცხადება, ადევნება იქაც ახალგაზრდა დანაშაულად ითვლება. მიუხედავად იმისა, რომ ჯერ მცირე დროა გასული და ადევნების ირგვლივ სასამართლო პრაქტიკა საქართველოში ჩამყალიბების პროცესშია, რაც არ იძლევა ადევნების პრობლემატიკის ირგვლივ სრულფასოვანი კვლევის ჩატარების შესაძლებლობას, ამ ეტაპზე საქართველოში დაგროვებული სასამართლო გამოცდილება, საზღვარგარეთის ქვეყნების კანონმდებლობის შედარებით ანალიზთან ერთობლიობაში, გვეხმარება ვიმსჯელოთ ადევნების ცალკეულ სისხლისსამართლებრივ ასპექტებზე.

სტატიაში დეტალურად იქნა განხილული საქართველოს სსკ-ის 151¹ მუხლით გათვალისწინებული დანაშაულის შემადგენლობის ყველა ნიშანი. კერძოდ, სასამართლო პრაქტიკაზე დაყრდნობით, განიმარტა, თუ რა სამართლებრივ სიკეთეს ხელყოფს ადევნება, რა არის სისტიმატირი უკანონო თვალთვალი, არასასურველი კომუნიკაცია თუ სხვა განზრახი ქმედება და პრაქტიკულად რა ფორმით ხორ-

ციელდებიან ისინი; დაზუსტდა ადევნებით გამოწვეული შედეგების მნიშვნელობები, კერძოდ, რა არის ფსიქიკური ტანჯვა, ცხოვრების წესის მნიშვნელოვნად შეცვლა, რა კრიტერიუმებით განისაზღვრება ადევნებით გამოწვეული შიშის საფუძვლიანობა. უნდა ითქვას, რომ საქართველოს სსკ-ის 151¹-ე მუხლით გათვალისწინებული დანაშაულის — ადევნების დისპოზიციის საკანონმდებლო კონსტრიუქტება სრულად აკმაყოფილებს „ქალთა მიმართ ძალადობისა და ოჯახში ძალადობის წინააღმდეგ ბრძოლისა და პრევენციის შესახებ“ ევროპის საბჭოს კონვენციის 34-ე მუხლის მოთხოვნებს. უფრო მეტიც, თუ კონვენციის მითითებული ნორმის დეფინიციიდან გამომდინარე ადევნება მხოლოდ საფრთხის შემცველ დელიქტად გვევლინება, საქართველოში კანონმდებელმა აღნიშნულ ქმედებას საფრთხის (ფიზიკური ძალადობის და ქონების განადგურების) შიშის გამოწვევასთან ერთად, ერთ-ერთ შედეგად ასევე განუსაზღვრა ფსიქიკური ტანჯვის მიყენება. ჩვენი კანონმდებლის ასეთი მიდგომა სავსებით სწორია, რადგან ის უზრუნველყოფს იმ ადამიანების სისხლისსამართლებრივ დაცვასაც, რომლებიც სუბიექტურად არ განიცდიან შიშს, მაგრამ ზიანი ადგებათ ამდევნებელის შემანუხებელი, სისტემატური ქცევით. ამასთანავე, ადევნებით გამოწვეულ სამივე შედეგთან — ფსიქიკურ ტანჯვასა ან/და ფიზიკური ძალადობის ან/და ქონების განადგურების შიშთან ერთად, კანონმდებელმა ადევნების შემადგენლობის აუცილებელ, დამატებით შედეგად დააწესა ცხოვრების წესის მნიშვნელოვნად შეცვლის იძულება ან მისი მნიშვნელოვნად შეცვლის რეალური საჭიროების წარმოშობა. დამატებითი შედეგის შემოტანით, კანონმდებელმა ხაზი გაუსვა იმ გარემოებას, რომ ადევნება მხოლოდ მაშინ ჩაითვლება დამთავრებულად, როცა დასახელებული სამი შედეგიდან ერთ-ერთის დადგომა მსხვერპლის ცხოვრებაში დამატებით გამოიწვევს უარყოფით შედეგს — აიძულებს მას მნიშვნელოვნად შეცვალოს ცხოვრების წესი ან დააყენებს მას ცხოვრების წესის მნიშვნელოვნად შეცვლის რეალური საჭიროების წინაშე. აღნიშნულიდან გამომდინარე, თუ ფსიქიკურ ტანჯვასა ან/და ფიზიკური ძალადობის ან/და ქონების განადგურების საფუძვლიან შიშს შედეგად არ მოჰყვა აღნიშნული დამატებითი შედეგიდან ერთ-ერთი მაინც, სახეზე

გვექნება დანაშაულის ჩადენის მცდელობა. ამრიგად, ადევნება მატერიალურ დანაშაულთა რიცხვს მიეკუთვნება, მისი დამთავრებულად ცნობისთვის აუცილებელია აღნიშნული მუხლის დისპოზიციაში ფორმულირებული ერთ-ერთი კონკრეტული შედეგის დადგომა და მსხვერპლის ცხოვრების წესთან მიმართებით დამატებითი ნეგატიური შედეგის გამოწვევა.

სტატიაში ასევე ყურადღება დაეთმო ადევნებისა და საქართველოს სსკ-ის 150-ე და 151-ე მუხლებით გათვალისწინებული მომიჯნავე ძალადობრივი დანაშაულების — იძულების და მუქარის გამიჯვნის საკითხს. აღნიშნული დანაშაულებისა და ადევნების შემადგენლობების ანალიზმა ცხადჰყო, რომ იძულება და მუქარა იჩენენ საერთო ნიშნებს ადევნებასთან, მაგრამ მათ შორის ასევე გამოიკვეთა განმასხვავებელი ნიშნები, რაც განაპირობებს კანონმდებლის მიერ მითითებული ძალადობრივი დანაშაულების დამოუკიდებელ შემადგენლობებად გათვალისწინებას სისხლის სამართლის კანონმდებლობაში.

საზღვარგარეთის ქვეყნების სისხლის სამართლის კანონმდებლობის შესწავლამ ცხადჰყო, რომ როგორც სისხლისსამართლებრივი განმარტების, ასევე მისი ჩადენისთვის დაწესებული სასჯელების მხრივ, „სტალკინგს“ ბევრი მსგავსება აქვს საქართველოს სსკ-ის 151¹-ე მუხლით რეგულირებულ ადევნებასთან.

შესწავლილი იქნა სასამართლო პრაქტიკა, რა დროსაც ქმედების ადევნების მუხლით კვალიფიკაციასთან დაკავშირებით ხარვეზები გამოვლინდა: კერძოდ, გვხვდება განაჩენები, რომლებშიც არასწორად იყო დაკვალიფიცირებული დამნაშავის კანონსაწინააღმდეგო და ბრალეული ქმედება საქართველოს სსკ-ის 151¹-ე მუხლით, მე-19 მუხლზე მითითების გარეშე, როდესაც დადგენილი იყო, რომ დანაშაულის შედეგად დაზარალებულმა განიცადა მხოლოდ ფსიქიკური ტანჯვა, რასაც არ მოჰყოლია ხსენებულ მუხლში მითითებული დამატებითი შედეგიდან რომელიმე — ცხოვრების წესის მნიშვნელოვნად შეცვლის იძულება ან მისი მნიშვნელოვნად შეცვლის რეალური საჭიროების წარმოქმნა; ამასთანავე, არის შემთხვევები, როდესაც დადგინდა, რომ პირმა ჩაიდინა სიცოცხლის მოსპობის მუქარა, რის შედეგად-

დაც მსხვერპლს გაუჩნდა მისი სისრულეში მოყვანის საფუძვლიანი შიში, მაგრამ ქმედება საქართველოს სსკ-ის 151 მუხლით ცალკე არ არის დაკვალიფიცირებული და სამართლებრივი შეფასებისას აღნიშნული ქმედება ადევნების შემადგენლობის ფარგლებშია მოქცეული; აქვე, ქმედების ადევნების მუხლით კვალიფიკაციასთან დაკავშირებით, კიდევ ერთხელ უნდა გავუსვათ ხაზი იმ გარემოებას, რომ ადევნების შემადგენლობის რომელიმე ელემენტის არსებობა — არასასურველი სატელეფონო საუბრები თუ შეტყობინებების გაგზავნა, სამსახურში თუ საზოგადოებრივი თავშეყრის ადგილებში მოულოდნელი გამოჩენა და ა.შ. თავისთავად აღებული არ იძლევა დანაშაულის შემადგენლობას, თუ პირის ქმედება არ მოიცავს განზრახვას და სახეზე არ გვაქვს საქართველოს სსკ-ის 151¹-ე მუხლით გათვალისწინებული ერთ-ერთი შედეგი. განაჩენებში ვხვდებით ხარვეზებს იმასთან დაკავშირებითაც, როდესაც ცხოვრების წესის მნიშვნელოვნად შეცვლის იძულება გაიგივებულია მისი მნიშვნელოვნად შეცვლის საჭიროების წარმოქმნასთან, კერძოდ, არასწორია შეფასებები, როცა სასამართლო დაზარალებულის მიერ თავისი სახლის იძულებით, დროებით დატოვებას, ასევე მისი პირადი მობილური ტელეფონის ნომრის შეცვლას, სოციალური ქსელით სარგებლობის შეწყვეტას, გარკვეული პერიოდით გარეთ გასვლისგან თავის შეზღუდვას, ცხოვრების წესის მნიშვნელოვნად შეცვლის რეალური საჭიროების წარმომშობ გარემოებებზე მიიჩნევს და არა მისი მნიშვნელოვნად შეცვლის იძულებად; როგორც ზემოთ ვნახეთ, არის განაჩენები, რომლებშიც სამართლებრივად არ არის დასაბუთებული, თუ რაში გამოიხატა ცხოვრების წესის მნიშვნელოვნად შეცვლის იძულება; საყურადღებოა, რომ უმრავლეს საქმეებზე დაზარალებულისთვის ფსიქიკური ტანჯვის მიყენების ფაქტი დადგენილია სასამართლო-ფსიქოლოგიური ექსპერტიზებით, რაც წარმოადგენს მყარ მტკიცებულებას ხსენებული მუხლით დაკვალიფიცირებისთვის; ადევნების მუხლით მსჯავრდების ზემოთ განხილულ საქმეებზე, გამამტყუნებელი განაჩენი დამდგარია საქართველოს სსკ-ის 151¹-ე მუხლის პირველი ნაწილით და მხოლოდ ერთ საქმეზეა მსჯავრი დადებული დანაშაულის კვალიფიციური შემადგენლობისთვის; რაც შეეხება სასჯელთა სახეებს და ზომებს, ძირითადად

გამოყენებულია პირობითი მსჯავრი — თავისუფლების აღკვეთა 06 თვიდან 2 წლამდე ვადით, გამოსაცდელი ვადის და ცალკეული მოვალეობების დანესებით, თუმცა არის მსჯავრდებულისთვის თავისუფლების რეალურად აღკვეთის საქმეებიც, ვხვდებით ასევე საზოგადოებრივად სასარგებლო შრომისა და ჯარიმის შეფარდების შესახებ განაჩენებსაც.

საყურადღებოა ადევნების ჩადენის მოტივები, რაც სასამართლო პრაქტიკის შესწავლით გამოიკვეთა: ისინი უმეტეს შემთხვევაში წარმოადგენენ ამდევნებელის მისწრაფებას, შეურიგდეს ან ალიდგინოს ურთიერთობა ყოფილ ცოლთან თუ ახლო მეგობრულ დამოკიდებულებაში მყოფ მანდილოსანთან, ან ცოლად მოყვანის მოტივით დაამყაროს ახლო მეგობრული ურთიერთობა ახლადგაცნობილ მანდილოსანთან. რაც შეეხება ადევნების სუბიექტს და მსხვერპლს, თუკი, საზღვარგარეთის ქვეყნებში არსებული სტატისტიკის თანახმად, ამდევნებლები ძირითადად არიან მამაკაცები, ხოლო მსხვერპლნი სუსტი სქესის წარმომადგენლები და ორივე სტატუსთან მიმართებით არსებობენ საპირისპირო სქესის წარმომადგენლებიც, საქართველოს ამჟამინდელი სასამართლო პრაქტიკის თანახმად, ადევნების მსხვერპლად თითქმის ყველა საქმეზე გვევლინებიან ქალები, მათ შორის ოჯახის წევრებიც, ხოლო ამდევნებლები არიან მამაკაცები, მათ შორის მხოლოდ ორია ქალი.

ამრიგად, საქართველოს სსკ-ის 151¹-ე მუხლის ამოქმედებიდან საკმაოდ მოკლე პერიოდის განმავლობაში ადევნების ჩადენის ფაქტებზე დაწყებული სისხლის სამართლის საქმეებისა და სასამართლოში დამდგარი გამამტყუნებელი განაჩენების რაოდენობა აღნიშნული სისხლისსამართლებრივი ნორმის თეორიული და პრაქტიკული გამოყენების ეფექტურობაზე მიუთითებს.

გელა ტყეშელაშვილი

საქართველოს ადვოკატთა ასოციაციის ადვოკატი, ივ. ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის დოქტორანტი

ქმედების მცირე მნიშვნელობა სისხლის სამართალში

შესავალი

სახელმწიფოს არსებობა და განვითარება განუყოფლადაა დაკავშირებული სამართალთან, რომელიც შედგება სხვადასხვა დარგებისაგან. მათ შორისაა სისხლის სამართალი, რომელიც თავისი არსით, გვევლინება დამნაშავეობასთან ბრძოლისათვის სახელმწიფოს ხელში არსებულ ერთ-ერთ უმძლავრეს მექანიზმად.¹ ამგვარად, დანაშაულის დასჯა სახელმწიფოს ექსკლუზიური უფლებამოსილებაა,² თუმცა ნებისმიერი სახისა თუ ზომის სასჯელის გამოყენება, თუ ის არ არის ნაკარნახევი უკიდურესი აუცილებლობით, წარმოადგენს ძალადობის აქტს.³

იურიდიული მეცნიერება წარმოადგენს საზოგადოებრივი ცოდნის ერთობლიობას სამართლის შესახებ, რასაც გააჩნია მიმართულებები, მათ შორისაა მეცნიერება სისხლის სამართლის შესახებ,⁴ რომელიც დანაშაულს განიხილავს არა როგორც უცვლელი და მუდმივი მოცემულობის მქონე, დამოუკიდებელ, აბსტრაქტულ კატეგორიას, არამედ მას რეალურ სოციალურ კატეგორიებს მიაკუთვნებს, რომლებიც მყარადაა დაკავშირებული ისეთ სხვადასხვა სოციალურ და პოლიტიკურ გამოვლინებებთან, როგორიცაა კერძო საკუთრების ფორმირება, საზოგადოების კლასებად დაყოფა, სახელმწიფოსა და სამართლის წარმოშობა და სხვა. აქედან გამომდინარე, რადგან დანაშაული არის ადამიანის ქმედება გამომხატული ობიექტურად გან-

¹ მ. ტურავა, სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილის მიმოხილვა, თბ. 2010, გვ. 17.

² გ. თუმანიშვილი, წიგნში: საქართველოს სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის კომენტარი, ავტორთა ჯგუფი, თბ. 2015, გვ. 21.

³ Ч. Беккариа, О преступлениях и наказаниях, М. 1995, ст. 69.

⁴ Российская Юридическая Энциклопедия, Гл. ред. А. Я. Сухарев, М. 1999, ст. 1096.

საზღვრულ მართლსაწინააღმდეგო და ბრალეულ ფორმაში (და არა აზრში და მიზანში ან სურვილში, რომელმაც ვერ ჰპოვა პრაქტიკულად თავისი გარეგანი გამოხატულება, ვერ გადაიქცა საზოგადოებრივად სამიშ ქმედებად, რაც არ შეიძლება მივიჩნიოთ დანაშაულებრივად),⁵ შეგვიძლია ვთქვათ, რომ იგი ისტორიულად მიეკუთვნება არასტაბილურ კატეგორიათა რიცხვს, რომელიც არსებობდა არა ყოველთვის, არამედ წარმოიშვა საზოგადოების განვითარების გარკვეულ ეტაპზე. დანაშაულის მატერიალურად განსაზღვრებას კი უდიდესი თეორიული და პრაქტიკული მნიშვნელობა ენიჭება.⁶

თითოეული დანაშაული თავისი განსაკუთრებულობით ხასიათდება, რაშიც იგულისხმება ფსიქოლოგიური მექანიზმი, რომელსაც გააჩნია ინტელექტუალური ნების შესაბამისი და ემოციური კომპონენტები.⁷ ამგვარად, სახელმწიფოს შიგნით დაწესებული სათანადო ქცევის წესები, რომელთა შესრულება ვალდებულებაა ანუ მოქალაქეებს თვითიუსტიცია ეკრძალებათ და სახელმწიფოზე გადადის მოქალაქეთა დასაცავად სამართლებრივი ნორმების მიღების, მათ შესრულებაზე კონტროლისა და სამართლებრივი ნორმების დარღვევის შესაბამისი ღონისძიებების გატარების ვალდებულება,⁸ რაც ხორციელდება ქვეყნის შიდა თუ საგარეო რეგულაციებით, რომლებიც, ყველა შემთხვევაში, შესაბამისობაშია ქვეყნის იერარქიულად ყველაზე მაღლა მდგომ კანონთან — კონსტიტუციასთან.

საქართველოს კონსტიტუციის მე-7 მუხლის თანახმად, სახელმწიფო ცნობს და იცავს ადამიანის საყოველთაოდ აღიარებულ უფლებებსა და თავისუფლებებს, როგორც წარუვალ და ადამიანურ ღირებულებებს და რადგან კონსტიტუცია (მ. 6) სახელმწიფოს უზენაესი კანონია, სისხლის სამართლის კოდექსიც შესაბამისობაშია ამ აქტთან, რომლის მე-7 მუხლის თანახმად, სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობის საფუძველია დანაშაული, ესე იგი ამ კოდექსით

⁵ Российская Юридическая Энциклопедия, Гл. ред. А. Я. Сухарев, М. 1999, ст. 780.

⁶ თ. წერეთელი, საზოგადოებრივი სამიშროება და მართლსაწინააღმდეგობა სისხლის სამართალში, თბ. 2006, გვ. 69.

⁷ Комментарий к уголовному кодексу РФ, М. 2003, ст. 51.

⁸ გ. თუმანიშვილი, წიგნში: საქართველოს სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის კომენტარი, ავტორთა ჯგუფი, თბ. 2015, გვ. 21.

გათვალისწინებული მართლსაწინააღმდეგო და ბრალეული ქმედება, თუმცა, ამავე მუხლის მე-2 ნაწილით, დანაშაულს არ წარმოადგენს ისეთი ქმედება, რომელიც, თუმცა ფორმალურად შეიცავს ამ კოდექსით გათვალისწინებული რომელიმე ქმედების ნიშნებს, მაგრამ მცირე მნიშვნელობის გამო არ გამოუწვევია ისეთი ზიანი, რომელიც აუცილებელს გახდიდა მისი ჩამდენის სისხლისსამართლებრივ პასუხისმგებლობას, ან არ შეუქმნია ასეთი ზიანის საფრთხე.

პრაქტიკაში ისეთი ქმედებები გვხვდება, რომლებიც ფორმალურად შეიცავს დანაშაულის ნიშნებს, მაგრამ გამოირჩევა სხვა სისხლისსამართლებრივი მართლსაწინააღმდეგო ქმედებებისაგან თავისი არსით. ე. ი. კონკრეტულ სიტუაციაში შესაძლებელია არსებობდეს დანაშაულის შემადგენლობის ფორმალური ნიშნები, თუმცა რეალურად არ არსებობდეს მოცემულობა იმისა, რომ ამ ქმედებით, კანონმდებლობით დაცულ საზოგადოებრივ სიკეთეს ადგებოდეს არსებითი ხარისხის ზიანი. ასეთი შემთხვევა, საზოგადოებრივი საშიშროების ხარისხიდან გამომდინარე, დანაშაულად არ უნდა იქნას განხილული და ქმედება მიჩნეული უნდა იქნეს მცირე მნიშვნელობის მქონედ, რადგან იგი არ დაიყვანება დანაშაულისათვის დამახასიათებელ საზოგადოებრივი საშიშროების ხარისხის ნიშნულამდე. ასეთ შემთხვევებში არ უნდა დაიწყოს სისხლისსამართლებრივი დევნა, ხოლო დაწყებული დევნა უნდა იქნეს შეწყვეტილი.

იმის გათვალისწინებით, რომ დანაშაულს ახლავს სასჯელის გარდუვალობის პრინციპი, რომლის თანახმად, მხოლოდ საკანონმდებლო აქტები განსაზღვრავს, რომელი დანაშაულია ინკრიმინირებადი და რა სასჯელი არ უნდა აჭარბებდეს სოციალურად აუცილებელს,⁹ სასჯელის დანიშვნისას დაკვირვების სფეროს წარმოადგენს სამართლიანობის ზომების დაცვა და აუცილებლობა იმისა, რომ მიღწეულ იქნეს სასჯელის მიზნები და ამოცანები. ასეთი მიდგომით არ წარმოიქმნება ევროკონვენციის მე-6 მუხლით გარანტირებული სამართლიანი სასამართლო განხილვის უფლებასთან შესაბამისობის პრობლემა. კვლევის მიზანი მოქცეულია სასჯელის მიზნების ჩარჩოებში (სასჯელის მიზანი არის ის საბოლოო შედეგი, რომლის მიღწევისაკენ

⁹ ჟ. პარდელი, შედარებითი სისხლის სამართალი, თბ. 1999, გვ. 442.

მიისწრაფვის სახელმწიფო მის მიერ დადგენილი იძულებით ღონისძიებათა გამოყენების მეშვეობით¹⁰) და წარმოადგენს საკითხთან დაკავშირებული პრობლემების წარმოჩენას, მისი აღმოფხვრის საშუალებების ანუ მეთოდების შემუშავებასა და კონკრეტული რეკომენდაციების გაცემას. სისხლის სამართლის კოდექსი ვერ აკონკრეტებს ქმედების მცირე მნიშვნელოვნად ჩათვლის კრიტერიუმებს ანუ პასუხგაუცემელია კითხვა: რისი მცირე მნიშვნელობა? პრაქტიკაში ხშირად ვხვდებით ისეთ ქმედებებს, რომლებიც ცალკეულ შემთხვევებში ფორმალურადაც ატარებს დანაშაულებრივ ხასიათს და გვევლინება სისხლისსამართლებრივი მართლწინააღმდეგობით, მაგრამ განსხვავდება სხვა დანაშაულებრივი ქმედებისაგან როგორც თავისი ბუნებით, ასევე მცირე მნიშვნელობით. აქედან გამომდინარე, ყოველი ცალკეული ქმედება უნდა შეფასდეს კონკრეტული კრიტერიუმებით, როგორც მატერიალური, ასევე სამართლებრივი თვალსაზრისით, რომ დავინახოთ ქმედების ხარისხი და არ გავცდეთ დანაშაულის საზღვრებს, რისი გარანტიც უნდა იყოს მოქმედი კანონმდებლობა, თუმცა დღევანდელი საკანონმდებლო რეალობის პირობებში, ხშირად ვხვდებით საკითხთან დაკავშირებულ ურთიერთსაწინააღმდეგო მოცემულობებს, რის გამოც მნიშვნელოვანია დადგენილ იქნეს დანაშაულის საზღვრები. სამეცნიერო შრომების ანალიზი ცხადყოფს, რომ ქმედების მცირე მნიშვნელობა რჩება ერთ-ერთ მეტ-ნაკლებად რთულად გასაგებ კატეგორიად, როგორც თეორიული, ასევე პრაქტიკული თვალსაზრისით. რადგან დანაშაულებრივი ქმედების სიმძიმის შეფასებისას მნიშვნელოვანია, რომ არ წარმოიქმნას წინააღმდეგობა დოქტრინით ინკრიმინირებად რეალობასა და არსებულ მოცემულობას შორის, ამიტომ სტატიაში ყურადღება გამახვილებულია, პრობლემის პრაქტიკაში გადაჭრის გზებზე, რომ ყველა კონკრეტულ შემთხვევაში პასუხი გაცეს კითხვას — რის მცირე მნიშვნელობა? შესაძლებელია, კონკრეტულ სიტუაციაში არსებობდეს პრაქტიკულად თანაბარი პირობების ამსახველი ფორმულა, მაგრამ საზოგადოებრი-

¹⁰ მ. ლეკვიშვილი, სასჯელის მიზნები და სასჯელის შეფარდების სისხლის-სამართლებრივი და კრიმინოლოგიური ასპექტები, ჟ. "მართლმსაჯულება და კანონი" №4(43), 2014, გვ. 18.

ვი საშიშროების ხარისხი განსასაზღვრი გახდეს, სახელდობრ, ზიანის სიმძიმის პროპორციულად არსებული რეალობიდან გამომდინარე,¹¹ რადგან ქმედების მცირე მნიშვნელობა განისაზღვრება ობიექტისადმი ზიანის მიყენების საშიშროების ხარისხის შექმნით¹² და უკავშირდება ინდივიდუალობას, თუმცა ინდივიდუალიზმი, როგორც პიროვნების თავისუფლება და ინტერესები, არც ერთი ჯგუფის ან კოლექტივის ინტერესებს არ უნდა შეენიროს.¹³

რადგან სისხლის სამართალი დგას კანონიერების, თანასწორობის, ბრალეულის პასუხისმგებლობის, სასჯელის ინდივიდუალიზაციის, სამართლიანობისა და სხვა პრინციპებზე, ამიტომ მათთან თანხვედრაში უნდა ააგოს კანონმდებელმა სისხლის სამართლის კანონი. მიუხედავად იმისა, რომ მოქმედი რეგულაციები აგებულია კანონიერების პრინციპზე,¹⁴ არსებული საკანონმდებლო რეალობა სხვანაირია და მოქმედი კანონმდებლობა ვერ გვთავაზობს ქმედების მცირე მნიშვნელობის განსასაზღვრ ზუსტ ფორმულას. კანონი შემოისაზღვრება მხოლოდ ზოგადი ხასიათის მითითებებით (საზოგადოებრივი საშიშროების ხარისხის არარსებობა, დანაშაულის ყველა ნიშნის ფორმალურად არსებობისას). კონკრეტულად განსაზღვრული არ არის ასეთი კატეგორიის დანაშაულის სამართლებრივი ბუნება და გასაგებად არაა ახსნილი ქმედების მცირე მნიშვნელოვნად ჩათვლის კრიტერიუმები.

მართალია, საკანონმდებლო ჩარევა გარდაუვალია დანაშაულებრივი ქმედების დროს, მაგრამ საყურადღებოა ის გარემოება, თუ როგორ უნდა განვახორციელოთ აღნიშნული, რადგან ჩარევა უნდა განხორციელდეს მკაცრი რეგლამენტაციის ფონზე, ფორმალური და მატერიალური კრიტერიუმების დაცვით. ფორმალური თვალსაზრისით — უფლებამოსილება, პროცედურა და ჩარევის ფორმა, ხოლო მატერიალური თვალსაზრისით – სამართლებრივი შესაბამისო-

¹¹ Н. Ф. Кузнецова, Избранные Труды, М. 2006, ст. 182-197.

¹² იქვე, გვ. 171.

¹³ გ. ნაჭყებია, წიგნში: სისხლის სამართლის კანონმდებლობის ლიბერალიზაციის ტენდენციები საქართველოში, რედ. ნ. თოდუა, თბ. 2016, გვ. 17.

¹⁴ ვ. ცნობილაძე (რედ.), კონსტიტუციური (სახელმწიფო) სამართალი, ცნობარი, თბ. 1998, გვ. 58.

ბა და ზომიერება, რასაც, ფაქტობრივად, ალტერნატივა არ გააჩნია. ამგვარად, ქმედება იმ შემთხვევაში შეიძლება მცირე მნიშვნელობის მქონედ ჩაითვალოს, როდესაც იგი, სოციალურად საზიანოდ, უმნიშვნელო ხარისხს ატარებს და სწორედ ასეთი შემთხვევისთვისაა ზემოხსენებული აქცენტები გაკეთებული ჩარევის განხორციელების კრიტერიუმებზე.

შედარებისათვის, ანალოგიურ პრობლემას ვხვდებით ასევე საქართველოს ადმინისტრაციულ სამართალდარღვევათა კოდექსში. მაგალითად, ამ კოდექსის 22-ე მუხლის ძალით, თუ ჩადენილია მცირემნიშვნელოვანი ადმინისტრაციული სამართალდარღვევა, მაშინ საქმის გადასაწყვეტად უფლებამოსილ ორგანოს შეუძლია გაათავისუფლოს დამრღვევი პასუხისმგებლობისაგან და დასჯერდეს სიტყვიერ შენიშვნას, მაგრამ არც ამ საკონმდებლო აქტით არის განსაზღვრული დარღვევის მცირემნიშვნელოვნად მიჩნევის კრიტერიუმები.

პროფესორი თინათინ წერეთლის აზრით, მართებული არ იქნება იმის უარყოფაც, რომ თითქოს საზოგადოებრივი საშიშროების მომენტი არ ახასიათებდეს სხვა სახის სამართლებრივ დარღვევას, მაგალითად, დისციპლინურს, ადმინისტრაციულს ან/და სამოქალაქოს.¹⁵ ასეთი შეხედულება ეწინააღმდეგება იმ ფაქტს, რომ ზოგიერთი ქმედება, რომელიც დანაშაულად იყო გამოცხადებული, შემდეგ ამორიცხული იქნა დანაშაულთა სიიდან და სახელმწიფო მათ უკვე დისციპლინური ან ადმინისტრაციული ღონისძიებების მეშვეობით ებრძვის.¹⁶ ასეთი ქმედებების სისხლის სამართლის კოდექსიდან ამოღება მოტივირებული იყო არა იმით, რომ ისინი მოცემულ პირობებში საერთოდ აღარ წარმოადგენენ საზოგადოებრივ საშიშროებას, არამედ იმით, რომ მცირე საზოგადოებრივი საშიშროების მქონე ქმედებებთან ბრძოლა სახელმწიფო იძულების ისეთი მკაცრი იძულებითი ღონისძიების მეშვეობით, როგორცაა სისხლისსამართლებრივი სასჯელი, მიზანშეუწონელია და საკმარისია დავჯერდეთ ადმინისტრაციული ან დისციპლინური ღონისძიებების გამოყენებას.¹⁷ ამ განმარტებებიდან ჩანს,

¹⁵ თ. წერეთელი საზოგადოებრივი საშიშროება და მართლწინააღმდეგობა სისხლის სამართალში, თბ. 2006, გვ. 21.

¹⁶ იქვე, გვ. 21.

¹⁷ იქვე, გვ. 21.

რომ მნიშვნელობა არ გააჩნია, თუ რა სახის სამართალდარღვევასთან გვექნება კონკრეტულ სიტუაციაში საქმე (სისხლის, სამოქალაქო, ადმინისტრაციული, დისციპლინური), ნებისმიერ შემთხვევაში ქმედებას ახასიათებს საზოგადოებრივი საშიშროების გარკვეული ხარისხი.

დებულება, თითქოს საზოგადოებრივი საშიშროება მხოლოდ დანაშაულს ახასიათებს და ადმინისტრაციული, თუ სხვა სახის დარღვევანი სწორედ ამ ნიშნის არარსებობით განსხვავდებიან დანაშაულისაგან, ეწინააღმდეგება სამართლის სხვადასხვა დარგების მიზნების ერთიანობას, რომლებიც წარმოადგენენ ერთ მწყობრ სისტემას და სხვადასხვა გზით თუ მეთოდით ერთი და იმავე საბოლოო მიზნის განხორციელებისკენ არიან მიმართული და ამ მიზანს ემსახურება. და თუ ეს ასეა, მაშინ ცხადი ხდება, რომ ყოველი სამართლებრივი დარღვევის ობიექტური არსი სწორედ მის საზოგადოებრივ საშიშროებაშია, თუმცა ამ საშიშროების ხარისხი შეიძლება სხვადასხვაგვარი იყოს, ზოგისა უფრო მძიმე, ზოგისა კი – უმნიშვნელო.¹⁸

გამომდინარე ზემოაღნიშნულიდან, რადგან ქმედების მცირე მნიშვნელობა და ზიანის, როგორც ქმედების შედეგის არარსებობა, განუყოფლადაა დაკავშირებული ერთმანეთთან,¹⁹ სტატიაში განსაზღვრულია მისი სამართლებრივი ბუნება და შემოთავაზებულია პრობლემის თეორიული დეფინიცია, რომელიც რეალიზებული იქნება პრაქტიკაში, რაც წარმოადგენს სამეცნიერო სიახლეს ანუ შემოთავაზებულია ახალი მეთოდი, პროდუქტი, „სიახლე-ინოვაცია” რითაც ფაქტობრივად შეიცვლება უკვე დადგენილი.

¹⁸ თ. წერეთელი, საზოგადოებრივი საშიშროება და მართლწინააღმდეგობა სისხლის სამართალში, თბ. 2006, გვ. 23.

¹⁹ Н. Ф. Кузнецова, Избранные Труды, М. 2006, ст. 169.

თავი I

ქვედახის მცირე მნიშვნელობის თავისებურებაანი

1.1. მცირე მნიშვნელობის მქონე ქმედების ზოგადი მიმოხილვა

ლიტერატურაში სრული თანხმობაა იმ დებულებასთან დაკავშირებით, რომ საზოგადოებრივი საშიშროება დანაშაულის ცნების აუცილებელი ელემენტია.²⁰ დანაშაულის საზოგადოებრივად საშიშროების ხარისხის სამართლებრივი სურათი მოცემულია მოქმედი სისხლის სამართლის კოდექსის მე-7 მუხლში, რომლის თანახმად, დანაშაულებრივად უნდა ჩაითვალოს მხოლოდ ისეთი ქმედება, რომელსაც ახლავს სისხლის სამართლის კანონმდებლობით გათვალისწინებული მაღალი საზოგადოებრივი საფრთხე. იმ შემთხვევაში, თუ ქმედების შემადგენლობა და ხასიათი ფორმალურად ემთხვევა კანონში ასახულ ნიშნებს, მაგრამ ქმედებით არ ადგება სამართლებრივი სიკეთეს არსებითი ხასიათის ზიანი, ქმედება საზოგადოებრივი საშიშროების არარსებობის გამო, არ უნდა იქნეს განხილული დანაშაულებრივად. ე.ი. ქმედების მცირე მნიშვნელოვნად ჩათვლის აუცილებელი პირობაა, რომ მას გააჩნდეს, მხოლოდ უმნიშვნელო საზოგადოებრივი საშიშროების ხარისხი, რაც განისაზღვრება სამი ფაქტორით:

ა) როლი, რომელიც შეასრულა ან შეეძლო შეესრულებინა პირის ქმედებას დანაშაულებრივი შედეგის წარმოშობაში (შედეგისათვის ხელშეწყობის ხარისხი ანუ ხარისხი შედეგის განხორციელების შესაძლებლობისა, რაც შექმნილია პირის მიერ);

ბ) იმ ობიექტის ღირებულება, რომელსაც ხელყოფს პირის მოქმედება;

გ) ხელყოფის ობიექტის დაზიანების მოცულობა, რომელიც შეიძლება გამოწვეული იქნეს მოქმედებით.²¹

ამგვარად, ქმედების მცირემნიშვნელოვნად მიჩნევის წინაპირობაა ის გარემოება, რომ იგი არ უნდა დაიყვანებოდეს ხარისხის ისეთ ნიშნულამდე, რაც დამახასიათებელია დანაშაულისათვის და

²⁰ თ. წერეთელი, საზოგადოებრივი საშიშროება და მართლწინააღმდეგობა სისხლის სამართალში, თბ. 2006, გვ. 13.

²¹ იქვე, გვ. 73-74.

ასეთ შემთხვევაში ქმედება შეიძლება მიჩნეულ იქნეს მცირემნიშვნელოვნად, ხოლო ამ ქმედების ჩამდენი პირი არ დაექვემდებარება სისხლის სამართლებრივ პასუხისმგებლობას. კერძოდ, ასეთ ქმედებად შესაძლებელია მივიჩნიოთ:

1. მცირე ღირებულების ნივთის ქურდობა;

2. ქონების დაზიანება, რომლის აღდგენასაც არ ესაჭიროება მნიშვნელოვანი დანახარჯები და სხვა.

სწორედ ამ განმარტებებიდან გამომდინარეობს, რომ სისხლის სამართლის კოდექსი დასჯადად მიიჩნევს ისეთ ქმედებას, რომელმაც გამოიწვია მნიშვნელოვანი მატერიალური ზიანი, რაც არის მაკვალიფიცირებელი გარემოება, თუმცა ზიანის მნიშვნელობის ხარისხის შეფასება, მიუხედავად იმისა, რომ მისი მოცულობის ქვედა ზღვარი, სისხლის სამართლის კოდექსის მიხედვით, არის 150 ლარი, უნდა მოხდეს ყოველი კონკრეტული მოცემულობის შესაბამისად.

ქმედების მცირე მნიშვნელოვნად შეფასებისათვის, განზრახი დანაშაულის შემთხვევაში, დადგენილი უნდა იქნეს, რომ დამნაშავეს განზრახვის შედეგი ორიენტირებული იყო მცირე მნიშვნელობის ზიანზე და ქმედება არ მოიცავდა მალალ საზოგადოებრივ საშიშროების ხარისხს, რაც უნდა გამოირჩეოდეს სხვა ქმედებისაგან სახეობითი და გვარეობითი ნიშნებით.

პროფესორი თინათინ წერეთელი არ ეთანხმება საზოგადოებრივი საშიშროების, როგორც დანაშაულის, სახეობითი და არა გვარეობითი ნიშნის გაგებას და მიუთითებს, რომ შეუძლებელი და არასწორია იმის მტკიცება, თითქოს სხვა სახის სამართალდარღვევანი არ შეიძლება ჩაითვალოს საზოგადოებრივად საშიშად, რადგან აღნიშნული შეხედულება ამკარად ეწინააღმდეგება ჩვენი სისხლის სამართლის კანონმდებლობას, რადგან სისხლის სამართლის კოდექსის პირველ მუხლში ნათქვამია, რომ კოდექსი აღგენს სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობის საფუძველს და განსაზღვრავს, თუ რომელი ქმედებაა დანაშაულებრივი. მამასადამე, არა თუ ყველა მართლსაწინააღმდეგო ქმედებაა დანაშაული, არამედ კოდექსი მართლსაწინააღმდეგო და ბრალეული ქმედებების წრიდან ირჩევს მხოლოდ

ზოგიერთს და მას უკავშირებს სანქციას,²² რადგან მას ახასიათებს ნეგატიური სოციალურ-სამართლებრივი გამოვლინება.²³

უდავოა, რომ დანაშაული ქმნის კონკრეტულ საფრთხეს იმ კონკრეტული საზოგადოებრივი ურთიერთობისა და ობიექტისათვის, რომლის წინააღმდეგაცაა იგი მიმართული,²⁴ თუმცა არასწორი იქნება იმის მტკიცება, რომ, რადგან დანაშაულებრივი ქმედება უშუალოდ მიმართულია კონკრეტული ობიექტის მიმართ, არ წარმოადგენდეს საზოგადოებრივ საშიშროებას. ქმედებით უშუალოდ ზიანდება რა კონკრეტულ ურთიერთობა, რომელიც შედის ქვეყნის სოც. ცხოვრების კომპლექსში (როგორც მისი ერთ-ერთი ელემენტი), ასევე ზიანი ადგება მართლწესრიგის ერთ მხარეს, საზოგადოებას,²⁵ ამიტომ საშიშროების ხარისხის ნიშნული უნდა განისაზღვროს ქმედების ადეკვატურად და ჩარევაც უნდა განხორციელდეს ადეკვატურად.

მაგალითისათვის შესაძლებელია განხილულ იქნეს ასეთი შემთხვევა: პეტრემ ჯგუფთან ერთად მოიპარა საქართველოს რკინიგზის ბალანსზე არსებული 12 ლარის ღირებულების ლითონის, ძველი – ექსპლოატაციიდან გამოსული ჭანჭიკები, რომლებიც ეყარა რკინიგზის სავალ ნაწილთან და თავისი ფუნქციით წარსულში წარმოადგენდა რკინიგზის ხაზის გადამრთველის (რომელიც ქურდობისას ასევე გამოსული იყო ექსპლუატაციიდან) შემადგენელ ნაწილს. ასეთ შემთხვევაში ქმედება არ შეიძლება ჩაითვალოს დანაშაულად, რადგან აღნიშნული დეტალები გადაყრილი იყო მისი მწყობრიდან გამოსვლის გამო და გარდა ამისა, მათი ღირებულება შეადგენდა 12 ლარს, ანუ ნივთებს არ გააჩნდა ღირებულება არც მატერიალური თვალსაზრისით, არც მორალურად. რადგან ქმედებას შედეგობრივად არანაირი ზიანი არ გამოუწვევია, აქედან გამომდინარე კი საზოგადოებრივი საშიშროების ხარისხი უნდა განისაზღვროს იმ ურთიერთობის ღირე-

²² თ. წერეთელი, საზოგადოებრივი საშიშროება და მართლწინააღმდეგობა სისხლის სამართალში, თბ. 2006, გვ. 18.

²³ Преступность. Российская Юридическая Энциклопедия, гл. Ред. А. Я. Сухарев, М. 1999, ст. 792.

²⁴ თ. წერეთელი, საზოგადოებრივი საშიშროება და მართლწინააღმდეგობა სისხლის სამართალში, თბ. 2006, გვ. 18-19.

²⁵ იქვე, გვ. 19.

ბულებით, რასაც ხელყოფს დამნაშავე²⁶ და ამ კონკრეტული ფაქტისათვის იგი უნდა შეფასდეს დაბალ ნიშნულზე, რის გამოც აღნიშნული ქმედება უნდა ჩაითვალოს მცირე მნიშვნელობის მქონედ.

თუ ცალკეული დანაშაული არღვევს უშუალოდ კონკრეტულ საზოგადოებრივ ურთიერთობათა მთელ სისტემას, დანაშაულთა ცალკეული სახეები ადვილად შეიძლება განვასხვავოთ მათი საზოგადოებრივი საშიშროების ხარისხის მიხედვით, ამ ხარისხის ძირითადი განმსაზღვრელი მომენტი იქნება იმ საზოგადოებრივი ურთიერთობის ღირებულება, რომელსაც უშუალოდ ხელყოფს დანაშაული. ამიტომაც, რომ საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსის განსაკუთრებულ ნაწილში მოცემული სისტემა სწორედ დანაშაულის ობიექტს ემყარება.²⁷

აღნიშნული კი სისხლის სამართლის პოლიტიკის მართებულ გამოხატულებას, რაც განპირობებულია საზოგადოების დაკვეთით და პირდაპირ კავშირშია ქვეყანაში არსებულ პოლიტიკურ სტაბილურობასთან, სახელმწიფოს დემოკრატიულობასთან, საერთაშორისო საზოგადოების ურთიერთობასთან, სოციალურ ვითარებასთან, საზოგადოების ქმედითობასთან, კრიმინალიზაციასთან და დანაშაულებრივ დინამიკასთან და გამომდინარეობს სახელმწიფოს პრეტენზიისაგან – იყოს დემოკრატიული და სამართლებრივი, ასევე ყურადღებანი, სისხლის სამართლის პოლიტიკის განხორციელების მიმართ. კანონიერება კი არის დემოკრატიისა და სამართლებრივი სახელმწიფოს ერთ-ერთი ძირითადი ელემენტი.²⁸

1.2. ქმედების მცირე მნიშვნელოვნად შეფასების ნიშნები

1.2.1. სისხლის სამართლის კოდექსის მე-7 მუხლის მე-2 ნაწილის ნორმის შინაარსიდან გამომდინარე, შესაძლებელია ქმედების მცირე მნიშვნელობის სამგვარი გაგება:²⁹ ა) იგი წარმოადგენს ქმედების

²⁶ თ. წერეთელი, საზოგადოებრივი საშიშროება და მართლწინააღმდეგობა სისხლის სამართალში, თბ. 2006, გვ. 19.

²⁷ იქვე, გვ. 20.

²⁸ ვ. ცნობილაძე, (რედ.), კონსტიტუციური (სახელმწიფო) სამართალი, ცნობარი, თბ. 1998, გვ. 58.

²⁹ მ. ტურავა, სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილის მიმოხილვა, 2010, გვ. 71.

შემადგენლობის გამომრიცხველ გარემოებას; ბ) მიუხედავად დანაშაულის ჩადენისა, იგი წარმოადგენს სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობის გამომრიცხველ მატერიალურ-სამართლებრივ გარემოებას; გ) იგი წარმოადგენს სისხლისსამართლებრივი დევნის დამაბრკოლებელ პროცესუალურ-სამართლებრივ გარემოებას.

1.2.2. ლიტერატურაში არსებული მიდგომებისა და სისხლის სამართლის კოდექსის მე-7 მუხლის ანალიზი საშუალებას გვაძლევს, გამოვყოთ ქმედების მცირემნიშვნელობად ჩათვლისათვის შემდეგი მახასიათებლები:

ა) სახეზე უნდა იყოს კონკრეტული პირის ქმედება; ბ) ქმედება ფორმალურად უნდა შეიცავდეს სისხლისსამართლებრივი მართლწინააღმდეგობის ნიშნებს; გ) ქმედების ხასიათი არ უნდა იყოს საზოგადოებრივად საშიში; დ) ქმედება არ უნდა იყოს ზიანის მომტანი; ე) ზიანის შემთხვევაში, მისი ოდენობა უნდა იყოს უმნიშვნელო; ვ) ქმედების დანაშაულებრივად შეფასების შეუძლებლობა; ზ) ქმედების შეფასება არათუ სისხლისსამართლებრივ, არამედ სხვა სახის მართლწინააღმდეგონად; თ) დაზარალებული მიყენებულ ან მოსალოდნელ ზიანს უნდა აღიქვამდეს უმნიშვნელოდ; ი) არ უნდა დაირღვეს ლეგიტიმური საჯარო ინტერესი; კ) გარანტირებული (აღდგენილი) უნდა იქნას საზოგადოების უსაფრთხოება; ლ) ყოველი კონკრეტული ჩარევის დროს უნდა მოხდეს სიკეთეთა შედარება; მ) სახეზე უნდა იყოს განზრახვის შესაბამისი შედეგი.

1.3. დანაშაულებრივი ქმედების შემადგენლობის ნიშნები

დანაშაულებრივი ქმედების ნიშნების განსაზღვრა პირდაპირაა დაკავშირებული ქმედების კვალიფიკაციასთან ანუ კვალიფიკაცია ეს არის სისხლის სამართლის კანონით გათვალისწინებული დანაშაულის ნიშნებთან კონკრეტული ქმედების შესაბამისობის დადგენა.³⁰ სისხლის სამართლის კანონმდებლობა დანაშაულის პირველ ნიშნად აცხადებს ადამიანის ქცევის კონკრეტულ, გარეგან გამოვლინებას. კონკრეტული ქმედების გარეშე, რომელიც საფრთხეს უქმნის ან ვნებს მართლ-

³⁰ მ. ლეკვიშვილი, ნიგნში: მ. ლეკვიშვილი, ნ. თოდუა, გ. მამულაშვილი, სისხლის სამართლის კერძო ნაწილი, ნიგნი პირვ., მეოთხე გამოცემა, თბ. 2011, გვ. 17.

ნესრიგს, არ არსებობს სისხლის სამართლებრივი პასუხისმგებლობა. დანაშაულის კოდექსი ერთ ნიშანს წარმოადგენს მართლწინააღმდეგობა. მართლწინააღმდეგობა ქმედების ობიექტური დახასიათებაა. იგი არსებობს რეალურ სინამდვილეში და გამოხატავს იმ ურთიერთობას, რომელიც არსებობს პირის ქმედებასა და მართლწინააღმდეგობას შორის. მართლწინააღმდეგობა არ შეიცავს ბრალის მომენტს. იგი არაა მისი შემადგენელი ნაწილი. ბრალი, პირველ ყოვლისა შეფასებითი ცნებაა და ასახავს პირის ფსიქიკურ დამოკიდებულებას რის მიმართ? (ბრალის ფსიქოლოგიური გაგება).³¹

ქმედების შემადგენლობა გაიგება, როგორც დანაშაულის პირველი ნიშანი.³² მაგალითად, პირმა მოიპარა ერთი კოლოფი სიგარეტი, მოცემულ შემთხვევაში სახეზე გვაქვს ქმედების (და არა დანაშაულის) შემადგენლობა, მაგრამ ჯერ არაა დადგენილი ქმედების მართლწინააღმდეგობა და, თუ დადგენილი იქნება ეს უკანასკნელი, მაშინ სახეზე გვექნება დანაშაულებრივი ქმედება. როდესაც საუბარი ეხება ქმედების შემადგენლობას, მხედველობაში მიიღება მოცემული დელიქტისა და დანაშაულის ობიექტური მხარის მსგავსება. ამგვარად, ქმედების დანაშაულებრივად შერაცხვისათვის საჭიროა სახეზე იყოს ქმედების როგორც სუბიექტური, ასევე ობიექტური ასპექტები.³³

რადგან მოსამართლე დამნაშავეს სასჯელს უფარდებს არა უმართლობის, არამედ ბრალის მოცულობის მიხედვით,³⁴ ამიტომ პირის ქმედება, როგორც სისხლის სამართლის კოდექსის მიხედვით გათვალისწინებული აბსტრაქცია, ზოგადად, გამოვლენილი უნდა იყოს მართლწინააღმდეგობითა და შეგნებული ბრალეული [აქტიური (ქმედება) ან პასიური (უმოქმედობა)] მოქმედებით, შესაბამისად ჩადენილი ქმედების ფორმებად უნდა მივიჩნიოთ:

ა) შეგნებული, აქტიურად გამოხატული ნებელობა, რომელშიც

³¹ მ. ივანიძე, სისხლის სამართლის ზოგადი ნაწილი (კონსპექტი). თსუ, 14 აპრილი 2013. http://lawtsu.blogspot.com/2013/04/blog-post_14.html

³² გ. თოდრაია, წიგნში: გურამ ნაჭყებია-75, საიუბილეო კრებული, თბ. 2016, გვ. 110.

³³ იქვე.

³⁴ თ. ცქიტიშვილი, წიგნში: სისხლის სამართლის კანონმდებლობის ლიბერალიზაციის ტენდენციები საქართველოში, რედ. ნ. თოდუა, თბ. 2016, გვ. 599.

უნდა ვიგულისხმოთ ადამიანის სხეულის მოქმედება, რა დროსაც პირი იყენებს მექანიზმებს, იარაღს, ნებისმიერ სხვა საგანს, ბუნებრივ კანონზომიერებას (და სხვა...), კონკრეტული პირის (პირთა წრის) ან ცხოველის სანინალმდეგოდ;

ბ) შეგნებული პასიურად გამოხატული ნებელობა (უმოქმედობა). როდესაც სახეზეა ასეთი ქმედების განხორციელების შესაძლებლობა და კანონმდებლობით განსაზღვრული რაიმე სახის მოქმედების ვალდებულება, რაც შესაძლებელია შედიოდეს პირის სამსახურეობრივ ფუნქციებში, განსაზღვრული იყოს სასამართლოს გადანყევტილებით ან/და ხელშეკრულებით და სხვა (ჩადენილი განზრახ ან გაუფრთხილებლად).

ამგვარად, დანაშაულის ნიშნების ცნებაში მოიაზრება კანონით გათვალისწინებული ობიექტური და სუბექტური ნიშნების ერთობლიობა, რაც კონკრეტული დანაშაულებრივი ქმედებისთვისაა დამახასიათებელი და წარმოადგენს სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობის აუცილებელ საფუძველს. მეცნიერთა აზრი არ არის გაყოფილი იმ თვალსაზრისით, რომ დანაშაულის ნიშნებია ქმედების შემადგენლობა, მართლწინააღმდეგობა და ბრალი. ამიტომ ქმედების უმართლობა სასჯელის შეფარდების დროს არ კარგავს მნიშვნელობას, თუმცა უმართლობის სიმძიმის გათვალისწინება განხორციელებული დელიქტის ტიპზეა დამოკიდებული.³⁵

1.4. მცირემნიშვნელოვანი ქმედების ფორმალური სახე

სისხლის სამართლის კოდექსის მე-7 მუხლი ადგენს შემთხვევებს, თუ როდისაა შესაძლებელი ქმედების მცირემნიშვნელოვნად მიჩნევა, რომელთა შორისაცაა კანონმდებლობით განსაზღვრული რომელიმე სახის დანაშაულის შემადგენლობის ნიშნების არსებობა. აქ მნიშვნელოვანია, აქცენტირება გაკეთდეს შედეგზე (დამთავრებულია თუ დაუმთავრებელი). მითითებული ნორმის მიხედვით, თვით სიტყვის (მცირემნიშვნელობა) შინაარსიდან გამომდინარე, მუხლის სამიზნედ

³⁵ თ. ცქიტიშვილი, წიგნში: სისხლის სამართლის კანონმდებლობის ლიბერალიზაციის ტენდენციები საქართველოში, რედ. ნ. თოდუა, თბ. 2016, გვ. 612.

შესაძლებელია მივიჩნიოთ ქმედების დამთავრებული ფორმები, ამასთან აღსანიშნავია, რომ კანონმდებლობა არ ითვალისწინებს დაუმთავრებელი დანაშაულის დასჯადობის რაიმე ფორმალურ შეზღუდვებს, მაგრამ მოსამართლეს ზოგჯერ შეუძლია, არ ჩათვალოს მცდელობა საზოგადოებრივად საშიშად და დანაშაულებრივად ისევე, როგორც გააჩნია შესაძლებლობა იმისა, რომ შედეგის განხორციელების (დამთავრებული დანაშაული) შემთხვევაშიც არ მიიჩნიოს ქმედება საზოგადოებრივი საშიშროების საფრთხის მატარებლად, შედეგის მცირე მნიშვნელობის გამო,³⁶ რადგან ქმედების პროპორციულობა ბრალის პრინციპის ჭერქვეშ არსებობს³⁷ და ბევრი ქმედების შემადგენლობაში მოცემულია ნიშნები, რომლებიც არ არის კონკრეტულად განსაზღვრული, რაც ფართო ინტერპრეტაციის შესაძლებლობას იძლევა.³⁸

ფორმალურ ცნებებზე კონცენტრირებული უმართლობის განსაზღვრების ერთ-ერთი მნიშვნელოვანი ნაკლი კი იმაში მდგომარეობს, რომ ზოგიერთ დელიქტში უმართლობის შეფარდებითი სიმძიმე შეუძლებელია განისაზღვროს ქმედების შემადგენლობის არაკვანტიფიცირებადი ცნებებით, ან იმიტომ, რომ ქმედების შემადგენლობა არაკვანტიფიცირებად ცნებას არ შეიცავს ან იგი უმართლობის ადექვატური გამოკვლევისთვის შეესებას საჭიროებს, რაც დამატებითი შეფასების აუცილებლობას გულისხმობს.³⁹

1.5. ზიანისა და საზოგადოებრივი საშიშროების ხარისხი ქმედების მცირემნიშვნელოვნად შეფასებისათვის

თეორიაში საზოგადოებრივი საშიშროების ხარისხი განიხილება, როგორც არსებითი მნიშვნელობის მქონე ზიანის მიყენებად, სის-

³⁶ თ. წერეთელი, საზოგადოებრივი საშიშროება და მართლწინააღმდეგობა სისხლის სამართალში, თბ. 2006, გვ. 72-73.

³⁷ თ. ცქიტიშვილი, წიგნში: ისისხლის სამართლის კანონმდებლობის ლიბერალიზაციის ტენდენციები საქართველოში, რედ. ნ. თოდუა, თბ. 2016, გვ. 600.

³⁸ თ. ცქიტიშვილი, წიგნში: სისხლის სამართლის კანონმდებლობის ლიბერალიზაციის ტენდენციები საქართველოში, რედ. ნ. თოდუა, თბ. 2016, გვ. 614.

³⁹ თ. ცქიტიშვილი, წიგნში: ისისხლის სამართლის კანონმდებლობის ლიბერალიზაციის ტენდენციები საქართველოში, რედ. ნ. თოდუა, თბ. 2016, გვ. 600.

ხლის სამართლის კანონმდებლობით დაცულ ობიექტზე (პიროვნების, საზოგადოებისა თუ სახელმწიფოს სიკეთე და ინტერესები).⁴⁰ რადგანაც სასჯელის გამოყენების პრეროგატივა ეკუთვნის სახელმწიფოს, ყურადღების მიღმა არ უნდა დარჩეს იმ ზიანის ხარისხის განსაზღვრა, რაც პოტენციური მსჯავრდებულისათვის მოსალოდნელი სასჯელის თანმხლებია, თუმცა სასჯელის დანიშვნისას შესაფასებელია ჩადენილი დანაშაულის საზოგადოებრივი საშიშროების ხარისხი და შესაბამის შემთხვევებში კანონის თანახმადაა გასაკეთებელი დასკვნები ქმედების მცირე მნიშვნელობაზე, კონკრეტული დანაშაულის შემადგენლობაში აღნიშნული ხარისხის დაბალი ნიშნულის ან/და არარსებობის გამო. კანონმდებლის მიერ კი ქმედების კრიმინალიზაციისას სასჯელი განისაზღვრება ისეთი პირის მიმართ, რომელიც ქმედებას ბრალეულად განახორციელებს.⁴¹

პროფესორი ოთარ გამყრელიძე პროფესორ თინათინ წერეთლის ცნობილი ნაშრომის „საზოგადოებრივი საშიშროება და მართლ-ნინააღმდეგობა სისხლის სამართალში“ შესავალ ნაწილში, როგორც ამ ნაშრომის რედაქტორი, ხაზს უსვამს გარემოებას, რომ მოქმედი სისხლის სამართლის კოდექსი 1960 წლის კოდექსისგან განსხვავებით, „საზოგადოებრივი საშიშროებას აღარ ხმარობს, მაგრამ ეს როდი ნიშნავს, რომ დასახელებული ცნება თანამედროვე ქართული სისხლის სამართლისათვის უცხოა. საზოგადოებრივი საშიშროების ნაცვლად ჩვენს იურიდიულ ლიტერატურაში გამოიყენება ტერმინი სისხლისსამართლებრივი უმართლობა“ და, მართალია, საზოგადოებრივი საშიშროება როგორც დანაშაულის ცალკე ნიშანი აღარ განიხილება, მაგრამ ეს არ ნიშნავს, რომ თითოეულმა ქმედებამ დაკარგა საზოგადოებრივად საშიში ხასიათი. ქმედების საზოგადოებრივად საშიშროება ხასიათდება არა მხოლოდ დანაშაულებრივი გზით არსებითი ზიანის მიყენების მუქარით, არამედ სისხლის სამართლის კანონმდებლობით დაცული ინტერესებისადმი ასეთი ზიანის მიყენებით⁴²

⁴⁰ А. В. Наумов, Практика применения Уголовного кодекса РФ: комментарий судебной практики и доктринальное толкование, под ред. Г. М. Резника, М. 2005, 42.

⁴¹ თ. ცქიტიშვილი, წიგნში: სისხლის სამართლის კანონმდებლობის ლიბერალიზაციის ტენდენციები საქართველოში, რედ. ნ. თოდუა, თბ. 2016, გვ. 636.

⁴² Уголовное право. Общая часть, Учебник, Под ред. В. Н. Кудрявцева, А. В. Наумова,

ანუ საზოგადოებრივ საშიშროებად გვევლინება, არა მხოლოდ არა-არსებითი ხარისხის ზიანის მიყენება, არამედ ასეთი ხარისხის ზიანის მიყენების მუქარაც.

საზოგადოებრივი საშიშროება წარმოადგენს დანაშაულის შემადგენლობის მატერიალურ და სოციალურ ნიშანს ანუ საზოგადოებრივი საშიშროება არის დანაშაულის შემადგენლობის ობიექტური ნიშანი, რაც არაა დამოკიდებული კანონმდებლის ნება-სურვილზე. ამ ნიშნის არსი მდგომარეობს მასში, რომ სამართლის ნებისმიერი დარგი, მათ შორის სისხლის სამართალი, იცავს საზოგადოებრივ ურთიერთობას, ანუ საერთო ადამიანურ, ცხოვრებისეულ ღირებულებებს და საშიშროების ხარისხი პროპორციულია საზოგადოებრივი ურთიერთობის ხასიათის ზომისა, რაც განისაზღვრება დანაშაულებრივი ქმედებით მიყენებული თუ მოსალოდნელი ზიანის ზომითა და ხასიათით⁴³ ანუ ამ ფენომენის განსაზღვრა ხდება კონკრეტული მოცემულობიდან გამომდინარე საქმის გარემოებებით, მაგ., კრიმინალური განზრახვის განხორციელების ხარისხი, ქმედების ჩადენის ხერხი, ზიანისა და დამდგარი შედეგის მოცულობა, მსჯავრდებულის როლი და სხვა.⁴⁴ ცალსახაა, რომ სასამართლოს არა აქვს უფლება, ზოგადად, დანაშაულებრივი მნიშვნელობა დაუკარგოს სისხლის სამართლის კოდექსის კერძო ნაწილით გათვალისწინებულ ქმედებას, არამედ მას მხოლოდ იმის უფლება გააჩნია, რომ კონკრეტული პირის მიერ ჩადენილ ქმედებას დაუკარგოს დანაშაულებრივი მნიშვნელობა კანონით დადგენილ ზემოთხსენებულ შემთხვევებში.⁴⁵

აღნიშნული საკითხის განხილვისას გვერდს ვერ ავუვლით დანაშაულის შედეგის ცნებას, რადგან გარკვეულ შემთხვევებში იგი განაპირობებს სწორედ ქმედების დანაშაულად მიჩნევას ან/და არმიჩნევას. თავის მხრივ, შედეგიანი დანაშაულები იყოფა ორ ჯგუფად:

М. 2000, 78; Словарь по уголовному праву, Отв. ред. А. В. Наумов, М. 1997, 303.

⁴³ Постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 11 июня 1999 года, № 40 «О практике назначения судами уголовного наказания». http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_23617/

⁴⁴ См.: Бюллетень, Верховного Суда Российской Федерации. 1999. - № 8, 5.

⁴⁵ თ. ცქიტიშვილი, წიგნში: სისხლის სამართლის კანონმდებლობის ლიბერალიზაციის ტენდენციები საქართველოში, რედ. ნ. თოდუა, თბ. 2016, გვ. 106.

1. შედეგიანია დანაშაული, რომლის დამთავრებულად ცნობისათვის აუცილებელია კანონით გათვალისწინებული მართლსაწინააღმდეგო შედეგის დადგომა. ამდენად, თუ კონკრეტულ შემთხვევაში ქმედებამ შედეგი არ გამოიწვია, სახეზე არ გვაქვს დამთავრებული დანაშაული, არამედ სახეზეა დანაშაულის დაუმთავრებელი შემადგენლობა.

2. არსებობს ისეთი შედეგიანი (მატერიალური) დანაშაული, რომლის არა თუ დამთავრებულად ცნობის, არამედ მის დასჯადობის საკითხია დაკავშირებული (მიბმული) კანონით გათვალისწინებული მართლსაწინააღმდეგო შედეგის დადგომასთან (მ. 7).

ასე რომ, თუ ქმედებას შედეგი არ მოჰყვა, ან შედეგი მცირე მნიშვნელობისაა, პირს არ დაეკისრება სისხლის სამართლებრივი პასუხისმგებლობა, რადგან სახეზე არ გვექნება დანაშაული, თუმცა შეიძლება იყოს სხვა სამართალდარღვევა (მაგალითად, ადმინისტრაციული, სამოქალაქო ან დისციპლინური), ან ქმედება შეიცავდეს დანაშაულის შემადგენლობის ფორმალურ ნიშნებს. ამდენად, ასეთ დროს სისხლის სამართლის პასუხისმგებლობა გამორიცხულია.⁴⁶

ქმედების დანაშაულებრივად აღქმის ანუ შეფასების განმსაზღვრელია „მართლსაწინააღმდეგობა, რომელიც წმინდა ფორმალური ხასიათისაა და ნიშნავს იმას, რომ სამართალი ერთნაირ საზომს აწესებს ყველას მიმართ (მცირეწლოვანი, ავადმყოფი, ჯანმრთელი, გენიოსი, ქუუასუსტი), ანუ მართლსაწინააღმდეგოა ადამიანის ყოველგვარი მოქმედება, როგორ მდგომარეობაში არ უნდა იყოს იგი ჩადენილი, განზრახ თუ განუზრახველად.“⁴⁷

პროფესორი თ. წერეთელი ამტკიცებს, რომ საზოგადოებრივი სასიძროების ხარისხი ახლავს ყველა სახის სამართალდარღვევას (სისხლის, ადმინისტრაციული, დისციპლინური) და ქმედების საზოგადოებრივ საშიშროებაზე განმარტავს, რომ ეს არის ქმედების დამახასიათებელი ობიექტური თვისება, რომელიც არსებობს მიუხედავად იმისა, გამოცხადებულია თუ არა ეს ქმედება სახელმწიფოს ხე-

⁴⁶ თ. ცქიტივილი, წიგნი: სისხლის სამართლის კანონმდებლობის ლიბერალიზაციის ტენდენციები საქართველოში, რედ. ნ. თოდუა, თბ. 2016, გვ. 129.

⁴⁷ თ. გამყრელიძე, საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსის განმარტება, ზოგადი ნაწილი, წიგნი პირვ., თბ. 2005, გვ. 83.

ლისუფლების მიერ დასჯადად, ხოლო თუ ჩვენ ვამტკიცებთ, რომ საზოგადოებრივი საშიშროება არ ახასიათებს არც ერთ სხვა სამართლებრივ დარღვევას, გარდა დანაშაულისა, მაშინ ამით მივდივართ იმ დასკვნამდე, რომ საზოგადოებრივი საშიშროება ქმედების ობიექტური საზოგადოებრივი თვისება კი არ ყოფილა, არამედ თვისება, რომელიც მას მიანიჭა თვით კანონმდებელმა მისი დანაშაულად გამოცხადებით. სინამდვილეში, ამა თუ იმ ქმედების შეტანით სისხლის სამართლის კოდექსში, სახელმწიფო პირველად კი არ აფუძნებს მის საზოგადოებრივ საშიშროებას, არამედ აღიარებს, რომ ეს ქმედება ობიექტურად, თავისი თვისებებით ეწინააღმდეგება კონკრეტულ საზოგადოებრივ ურთიერთობას, ცნობს მას სისხლის სამართლის ნორმის საწინააღმდეგო და დასჯად ქმედებად და ამგვარად სახელმწიფოს ხელისუფლების ეს აქტი, ამ გზით, ასეთი საშუალებით აფუძნებს არა ქმედების საზოგადოებრივად საშიშ, არამედ დანაშაულებრივ ხასიათს.⁴⁸

ლოგიკურად, საზოგადოებრივი საშიშროება გულისხმობს როგორც ობიექტის ნამდვილად დაზიანებას, ასევე მისი დაზიანების ობიექტურ საფრთხეს.⁴⁹ საფრთხის ცნება კი რეალური შესაძლებლობის კატეგორიასთან არის დაკავშირებული და იგი გულისხმობს ისეთი ობიექტური პირობების არსებობას, რომელთაც შეუძლიათ გამოიწვიონ ობიექტის ნამდვილი დაზიანება. ე.ი. დანაშაულად ითვლება არა მარტო ისეთი ქმედება, რომელმაც ვნება მიაყენა ობიექტს (მაგ., მკვლელობა, სხეულის დაზიანება და ა.შ.), არამედ ისეთი ქმედებებიც, რომლებიც ობიექტისათვის ვნების მიყენების საშიშროებას შეიცავენ (მაგ., მოწმის მიერ ცრუ ჩვენების მიცემა, ალიმენტის ბოროტად არ გადახდა და ა.შ.). ამიტომაცაა, რომ დანაშაულად ითვლება არა მარტო დამთავრებული დანაშაულებრივი ქმედება, როდესაც საშიშროება უკვე რეალიზებულია, არამედ აგრეთვე დაუმთავრებელი დანაშაულიც, რომელიც შედეგის განხორციელების მხოლოდ შესაძლებლობას შეიცავს.⁵⁰

⁴⁸ თ. წერეთელი, საზოგადოებრივი საშიშროება და მართლწინააღმდეგობა სისხლის სამართალში, თბ. 2006, გვ. 23-24.

⁴⁹ იქვე, გვ. 11.

⁵⁰ იქვე, გვ. 11.

აქედან გამომდინარე ქმედების მცირე მნიშვნელობის შემადგენლობა გვექნება ისეთ შემთხვევებში, როდესაც, ერთი მხრივ, ქმედება ფორმალურად ატარებს სისხლის სამართლის კანონმდებლობით გათვალისწინებული რომელიმე დანაშაულის ნიშნებს და, მეორე მხრივ, ქმედება არ უნდა წარმოადგენდეს საზოგადოებრივად საშიშს, იმის გამო, რომ სახეზე არ გვაქვს ან/და გვაქვს მხოლოდ მიზეზული ზიანი. რაც შეეხება ზიანს, დანაშაულის ფორმალური შემადგენლობის დროს იგი ატარებს განუსაზღვრელ ხარისხს, რაც აძნელებს მისი კონკრეტული მოცულობის დადგენას და დამოკიდებულია საქმის გარემოებების შეფასებაზე. შეფასებაში მონაწილეობას იღებს დაზარალებული, რომლის ფიზიკურად აღქმის პროპორციულად ფასდება საშიშროების ხარისხი, რადგან მან უნდა გასცეს პასუხის კითხვას ზიანის მოცულობასა და განხორციელებული ქმედების საშიშროების აღქმაზე, წინააღმდეგ შემთხვევაში ნებისმიერი სახისა თუ ხასიათის ჩარევა მოგვევლინება ფორმალური თვალსაზრისით უფლებამოსილების გადაჭარბებად, ხოლო მატერიალური თვალსაზრისით სახეზე გვექნება სამართლებრივი ზღვრების დარღვევა და ზომიერების პრინციპის დაუცველობა.

ამგვარად, ქმედების მცირე მნიშვნელობა ნიშნავს, რომ ობიექტისადმი განხორციელებული ისეთი ხასიათის ქმედება შეიძლება შეირაცხოს მცირე მნიშვნელობის მქონედ, როდესაც მისი განმარტებული პირი ასეთი ქმედებით ვერ მიაყენებს დანაშაულის ობიექტს არსებითი ხარისხის ზიანს. შემფასებლისთვის მნიშვნელოვანია დანაშაულის სუბიექტის განზრახვის დადგენა ანუ მიზნად ისახავდა თუ არა უმნიშვნელო ხასიათის სამართალდარღვევას. ამ კითხვაზე გაცემული პასუხი მოგვცემს ქმედების შეფასების შესაძლებლობას. ჯეროვანი პასუხის არარსებობის შემთხვევაში შემფასებელი ხვდება საკანონმდებლო იმპერატივის ტყვეობაში.

თავი II

დანაშაულებრივი ქმედების მნიშვნელობა

2. 1. ქმედების მნიშვნელობის ზოგადი სახე

2.1.1. ქმედება არის სოციალური ცხოვრების ფაქტი, რომელსაც ადამიანი ჩადის განზრახვით ან განუზრახველად და შედეგადად ფაქტობრივი (სუბიექტური) და ნორმატიული (შეფასებითი) ნიშნებისაგან.⁵¹ ფაქტობრივი ნიშნებია ქმედების ისეთი მახასიათებლები, რომლებიც ქმედების შემადგენლობის სუბიექტურ მხარეს აღწერს (მკვლელობა... ჩადენილი... მიზნით... უკანონო აბორტი, მისაკუთრების მიზნის გარეშე და სხვა), ხოლო ნორმატიულ ნიშნები შეფასებითია (მაგ., სხვისი ნივთის მითვისება, სხვისი სიცოცხლე, განსაკუთრებული, სისასტიკე და სხვა).⁵²

2.1.2. აზრი, მიზანი ან/და სურვილი, რომელმაც გარეგნული გამოხატულება ვერ ჰპოვა ქმედებაში, ვერ იქცა საზოგადოებრივად საშიშად, არ შეიძლება ჩაითვალოს დანაშაულებრივად, რადგან ქმედება გამოიხატება ორი ფორმით, მოქმედებითა (აქტიური მოქმედება) და უმოქმედობით (პასიური ქცევა – რომელიც არ განახორციელა პირმა, თუმცა ჰქონდა მას ამისი ვალდებულება, ან/და შეეძლო.)⁵³ ქმედების ამგვარივე გაგება იყო ისტორიულადაც: „ვისაც არავითარი ბრალი არ ედებოდა, ის იყო უბრალო.“⁵⁴

2.1.3. მოქმედი კანონმდებლობა ვერ გვთავაზობს ქმედების მცირე მნიშვნელობის (საუბარია შედეგზე/ზიანზე) განსასაზღვრ ზუსტ ფორმულას, თუმცა სისხლის სამართლის კოდექსი, დანაშაულის სხვადასხვა ხასიათიდან და ქმედების საშიშროების ხარისხიდან გამომდინარე, სხვადასხვანაირად უდგება ზიანის მნიშვნელობას, რაც თავისთავადაა დაკავშირებული შესაფასებელ ქმედებასთან და გარდა იმისა, რომ თითოეული დანაშაული წარმოადგენს საკანონმდებლო იმპერატივს, აღნიშნულს

⁵¹ ო. გამყრელიძე, საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსის განმარტება, ზოგადი ნაწილი, წიგნი პირველი, თბ. 2005, გვ. 78-79.

⁵² იქვე, გვ. 78-80.

⁵³ Преступление. Российская Юридическая Энциклопедия, гл. Ред. А. Я. Сухарев, М. 1999, 781-782.

⁵⁴ ივ. ჯავახიშვილი, თბულებანი თორმეტ ტომად, ტომი VII, თბ. 1984, გვ. 192.

გაჩნია უდიდესი თეორიული მნიშვნელობა (სამართალ-შემოქმედების თვალსაზრისით), რადგან სამართალგანმასხორციელებელმა სუბიექტმა სწორედ ამ საკანონმდებლო მოცემულობით უნდა იხელმძღვანელოს შეფასების დროს.

2.1.4. კოდექსი განსაკუთრებულ შემთხვევებში გვთავაზობს ისეთ მოცემულობას, როდესაც სახეზე გვაქვს დანაშაულის შემადგენლობა, ზიანიც გამოწვეულია წინასწარი განზრახვით, განაპირობებს საზოგადოებრივი საშიშროების მაღალ ხარისხს, თუმცა შედეგის სახით მიღებული ზიანი უმნიშვნელოა, რა შემთხვევაშიც ქმედება ითვლება დასჯადად, მაგრამ ზიანის ხარისხი, დადებითად ისახება სასჯელზე. აღნიშნული შეიძლება მოცემული იყოს რეგულაციაში ალტერნატივის სახით, ან არ იყოს მოცემული ასეთი სახით, თუმცა წარმოადგენდეს საკანონმდებლო იმპერატივს და წმ. სამართლებრივი კუთხით ვერ დაექვემდებარება სისხლის სამართლის კოდექსის მე-7 მუხლის მე-2 ნაწილის დეფინიციას (მაგ., სისხლის სამართლის კოდექსის 120-ე მუხლი, 164¹ მუხლის პენიშენა. პ.1; 273-ე მუხლი), რადგან ძირითადად შედეგი გამოხატავს ქმედების მეოხებით გამოწვეულ რაიმე ცვლილებას გარესამყაროში.⁵⁵

2.2. საკანონმდებლო აქცენტები ქმედების მნიშვნელობაზე საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსის მიხედვით

2.2.1 იმის პარალელურად, რომ სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობის საფუძველია დანაშაული (ე.ი. სისხლის სამართლის კოდექსით გათვალისწინებული მართლსაწინააღმდეგო და ბრალეული ქმედება) და დანაშაულის ცნება აგებულია დანაშაულის სამსაფეხურიან სისტემაზე (შემადგენლობა, მართლწინააღმდეგობა და ბრალი), საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსი ადგენს ქმედების მცირემნიშვნელოვნად მიჩნევის კრიტერიუმებსაც. ასეთი პირველი აქცენტი გაკეთებულია მე-7 მუხლში, რომელიც იძლევა საკითხის ზოგად დეფინიციას, რომ დანაშაულს არ წარმოადგენს ისეთი ქმედება, რო-

⁵⁵ ო. გამყრელიძე, საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსის განმარტება, ზოგადი ნაწილი წიგნი პირვ., თბ. 2005, გვ. 77.

მელიც თუმცა ფორმალურად შეიცავს ამ კოდესით გათვალისწინებული რომელიმე ქმედების ნიშნებს, მაგრამ მცირე მნიშვნელობის გამო არ გამოუწვევია ისეთი ზიანი, რომელიც აუცილებელს გახდოდა მისი ჩამდენის სისხლის სამართლებრივ პასუხისმგებლობას ან არ შეუქმნია ასეთი ზიანის საფრთხე მაგ. პ. პ. გადაძვრა მეზობლის ვენახში და მოიპარა 5 კილოგრამი ყურძენი. მიუხედავად იმისა, რომ სახეზეა დამთავრებული ქურდობა, ქმედება მისი მცირემნიშვნელობის გამო დანაშაულად ვერ იქნება შეფასებული.

მაშასადამე, კანონმდებელი ბრალის ფორმალურ მხარესთან ერთად მხედველობაში იღებს ასევე მის შინაარსობრივ მხარესაც და აქედან გამომდინარე თავისებურებებსაც არამარტო სისხლისსამართლებრივ, არამედ სამოქალაქო სამართლებრივ ჭრილშიც. აღნიშნულში კი უნდა ვიგულისხმოთ ზიანი, რის ობიექტურ აღქმასაც მივყავართ შედეგის ცნებისადმი ქმედების დაქვემდებარებამდე.

2.2.2. საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსის 30-ე მუხლი განსაზღვრავს უკიდურესი აუცილებლობით გამოწვეული ზიანის მართლზომიერების საკითხს და ასეთად მიაჩნია ის მოცემულობა, როდესაც დაზიანებული სამართლებრივი სიკეთე ნაკლებად მნიშვნელოვანია გადარჩენილ სიკეთესთან შედარებით ანუ, რადგან სისხლის სამართლის კოდექსის მე-7 მუხლის პირველი ნაწილის მიხედვით პასუხისმგებლობის საფუძველია მართლსაწინააღმდეგო და ბრალეული ქმედება, ამიტომ 30-ე მუხლის ადრესატი არ ჩათვლება სისხლის-სამართლებრივი პასუხისმგებლობის სუბიექტად ქმედების მართლ-საწინააღმდეგოდ არ ჩათვლის გამო.

2.2.3. ამავე კოდექსის 152¹; 153; 156²; 157¹; 158⁴ ა); 159⁴ ა); 160² ბ); 167; 177² ა); 178² ა); 180² ბ); 182² გ); 185² გ); 187¹; 188¹; 190; 192; 193; 196¹; 199; 201; 202¹⁻²; 204¹⁻² ბ); 208¹⁻²; 213¹⁻²; 216¹; 217; 220; 222¹⁻³; 240¹⁻¹; 284² დ) 286³ დ); 291; 298; 299; 300²; 301¹; 303¹; 305; 306¹; 323² დ); 331² გ); 360¹; 362² ბ) მუხლები ორიენტირებულია შედეგზე, მნიშვნელოვან ზიანზე, რისთვისაც ქმედების ჩამდენს ენიშნება შესაბამისი სასჯელი. რიგ შემთხვევაში, კოდექსი თვითონ განსაზღვრავს მნიშვნელოვან ზიანის კრიტერიუმებს, რაც ზემოხსენებულ მუხლებში მოცემულია ფულად ოდენობაში გამოხატულად, რიგ შემ-

თხვევებში კი ზიანის მნიშვნელობა განსასაზღვრია პირის ბრალდების შესახებ დადგენილების მიღების მომენტში, რისი რევიზირებაც ხდება მოსამართლის მიერ.

გამომდინარე ზემოაღნიშნულიდან, როდესაც ვაფასებთ საკითხს ქმედების მნიშვნელობაზე, ყურადღების მიღმა არ უნდა დარჩეს ბრალდებულის მიზანი, რადგან მიზანმა შეიძლება შექმნას დანაშაულის შემამსუბუქებელი გარემოება და, როდესაც მიზანი ქმნის დანაშაულის შემამსუბუქებელ გარემოებას (ე. ი. პრივილეგიურ შემადგენლობას), მაშინ იგი არის ბრალის ნიშანი და არა ქმედების ნიშანი. ამდენად, ეს მიზანი ამ დროს პერსონალური ნიშანია, რაც იმას ნიშნავს, რომ იგი არ აფუძნებს უმართლობას, კერძოდ, ჩადენილის უმართლობას (ჩადენილის ძირითადი შემადგენლობა ამ მიზნის გარეშეც არსებობს), არამედ ბრალის დაბალი ხარისხის გამო იგი არის შემცირებული გაკიცხვისა და ამ უმართლობის შეზღუდულად შერაცხვის საფუძველი.⁵⁶

თავი III

დანაშაულბარივი ქმედებით მიყენებული ზიანის ოდენობაჲი და მნიშვნელობა

3.1. მეცნიერების აზრით, ზიანი დაყოფილია პირდაპირ და არაპირდაპირ სახეებად, რაც უკავშირდება მიზეზობრივი კავშირის საკითხს.⁵⁷ აღნიშნულზე განმარტებები გაკეთებულია უმეტესწილად სამოქალაქო კანონმდებლობაში. მაგ., ზიანის პირდაპირ სახედ ითვლება ისეთი ხასიათის ზიანი, რომელიც მისი გამომწვევი აუცილებელი მიზეზის თანამდევია (შედეგია), ხოლო ზიანის არაპირდაპირ სახედ ითვლება ისეთი ხასიათის ზიანი, რომელიც მივიღეთ ისეთი გარკვეული გარემოებების გამო, როგორცაა მოვალის ან მესამე

⁵⁶ ნ. თოდუა, წიგნში: გურამ ნაჭყებია-75, საიუბილეო კრებული, თბ. 2016, გვ. 37.

⁵⁷ Научно-Практический Комментарий Гражданского Кодекса Российской Федерации, Часть Первая, ред. Т.Е. Абова, А.Ю. Кабалкин, В.П. Мозолин, М., 1996, 590; М.И. Брагинский, В.В. Витрянский, Договорное право, Книга Первая (Общие Положения), М. 2000, 362.

პირის ქმედება ან სხვა ფაქტორი⁵⁸ (მხედველობაში მიიღება დაზარალებულის ბრალეულობა მართლსაწინააღმდეგო ქმედება (მოქმედება ან უმოქმედობა), ხოლო არაპირდაპირი ზიანის დროს მართალია, სახეზე გვაქვს მართლსაწინააღმდეგო ქმედება, მაგრამ კავშირი შემთხვევითია მის გამომწვევ გარემოებებთან.⁵⁹

საინტერესოა ზიანისა და ზარალის ცნებები, რომლებიც ერთი შეხედვით გაიგივებულია კანონმდებლისაგან და წარმოჩენილია ერთნაირი დატვირთვით. ისინი, როგორც ლექსიკური ერთეულები,⁶⁰ სინონიმებია,⁶¹ თუმცა მათი შინაარსობრივი დატვირთვა განსხვავებულია რადგან, „დანაკლისი - ფაქტია, ხოლო ზიანი – ამ ფაქტის სამართლებრივი შეფასება“,⁶² დანაკლისი წარმოადგენს ზიანის ან ზარალის ფულად გამოხატულებას⁶³ ამიტომ მათი გაიგივება მიზანშეწონილი არ არის, რადგან ზიანი ფართო მნიშვნელობის სამართლებრივი ცნებაა და მოიცავს ზარალის (ქონებრივი ზიანი გულისხმობს ზარალს⁶⁴) ცნებასაც, რომელიც გულისხმობს მატერიალურ დანაკარგს, რაც პირმა ზიანის მიყენების შედეგად განიცადა. ზიანი შესაძლებელია არსებობდეს როგორც ქონებრივი ასევე, არაქონებრივი სახით, როცა ზარალი ყოველთვის ქონებრივია.⁶⁵ ამ ასპექტში (რაც დაკავშირებულია ზიანთან და მოქმედებს თავისთავად ქმედების

⁵⁸ ტ. ზამბახიძე. საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი. წიგნი IV, ტ. I, თბ. 2001, 440; მ. თოდუა; ჰ. ვილემსი. ვალდებულებითი სამართალი, თბ. 2006, გვ. 46.

⁵⁹ იქვე, გვ. 148-149.

⁶⁰ ლექსიკური ერთეული, ზარალი, არაბულიდან მოგვიანებით დამკვიდრდა ქართულ ენაში და ქონებრივ დანაკარგს, დანაკლისს ნიშნავს. ზარალის საპირისპირო მნიშვნელობის სიტყვაა მოგება. იხ. ქეგლ, IV, 1955, 98. შესაბამისად, საქართველოს საგადასახადო კოდექსში (სსმ, №54, 12.10.2010) გვხვდება მოგება-ზარალის ცნება (მაგ., 32-ე X მუხლი).

⁶¹ ალ. ნეიშანი, ქართულ სინონიმთა ლექსიკონი, თბ. 1978, გვ. 182.

⁶² ს. ჩხაიძე, ზიანის ცნება უსაფუძვლო გამდიდრების სამართალში (მოკლე ანალიზი), უ. “მართლმსაჯულება და კანონი”, №2(41), 2014, გვ. 6.

⁶³ შ. ჩიკვაშვილი, მორალური ზიანი სამოქალაქო სამართალში. თბ. 1998, გვ. 16.

⁶⁴ კ. იაიჩკოვი, ზიანის მიყენებით წარმოშობილი ვალდებულებანი, თბ. 1947, გვ. 8.

⁶⁵ ს. ჩხაიძე, ზიანის ცნება უსაფუძვლო გამდიდრების სამართალში (მოკლე ანალიზი), უ. “მართლმსაჯულება და კანონი”, №2(41), 2014, გვ. 6.

მნიშვნელობაზე) სისხლის სამართლის კოდექსი გვთავაზობს შემდეგ პუნქტებში მოყვანილ ჩანაწერებს.

3.2. ქმედების მცირე მნიშვნელობა ზოგჯერ თვით კოდექსის კერძო ნაწილის შემადგენლობის კონტექსტშია მოცემული, როგორც ქმედების შემადგენლობის გამომრიცხველი.⁶⁶ საინტერესოა ასევე კოდექსის დათქმები, რომლებიც გადმოცემულია ასევე სხვადასხვა მუხლის შენიშვნებში ზიანის (უშუალო ზიანი და ანაცდენი სარგებელი,⁶⁷ ვნება, ზარალი, დანაკლისი⁶⁸) მნიშვნელობასთან დაკავშირებით. მაგ.:

3.3. სხვისი ნივთის დაზიანება ან განადგურება (მ. 187) მხოლოდ მაშინ წარმოადგენს დანაშაულს, თუ მან მნიშვნელოვანი ზიანი გამოიწვია. ამასთან, თვით კანონმდებელმა განსაზღვრა მნიშვნელოვანი ზიანის თანხობრივი ოდენობა – 150 ლარს ზევით ანუ ნივთის ღირებულება უნდა შეადგენდეს 150 (ასორმოცდაათ) ლარზე მეტს.

3.4. მოხელე და მასთან გათანაბრებული პირი შეზღუდულია საჩუქრის მიღების დროს, რაც „საჯარო დაწესებულებაში ინტერესთა შეუთავსებლობისა და კორუფციის შესახებ“ საქართველოს კანონით (მ. 5-52) თანახმად, საჯარო მოსამსახურის მიერ საანგარიშო წლის განმავლობაში მიღებული საჩუქრის ჯამური ღირებულება არ უნდა აღემატებოდეს მისი თანამდებობრივი სარგოს წლიური ოდენობის 15%-ს, ხოლო ერთჯერადად მიღებულისა -5%-ს, თუ ეს საჩუქრები მიღებული არ არის ერთი წყაროდან.

3.5. სისხლის სამართლის კოდექსის 1641 მუხლის შენიშვნის თანახმად, ქონებაში არ ითვლება მცირე ღირებულების მქონე აქსესუარები, თუმცა არც აქაა კონკრეტულად, კანონმდებელი თვითონ არ ახდენს ქონების შეფასებას და მას მართლმსაჯულების ორგანოებს ანდობს. ლოგ. მხოლოდ დასაბუთების შემთხვევაშია შესაძლებელი ამ მუხლის შენიშვნის ამუშავება;

3.6. 177-ე მუხლის შენიშვნის ძალით, საკუთრების წინააღმდეგ

⁶⁶ მ. ტურავა, სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილის მიმოხილვა, თბ. 2010, გვ. 72.

⁶⁷ საქართველოს საკანონმდებლო ტერმინთა ლექსიკონი, (შემდგენელი ლ. ბუჟაშვილი, თ. ჩხეიძე, შ. თარხნიშვილი), თბ. 2008.

⁶⁸ უნივერსალური ენციკლოპედიური ლექსიკონი (შემდგენელი: ა. ელერდაშვილი), თბ. 2006.

ჩადენილი დანაშაულებრივი ქმედების დროს, ზიანი დიდ ოდენობად ითვლება იმ შემთხვევაში, თუ ნივთის ღირებულება აცდენილია 10000 (ათიათასი) ლარს, ხოლო მნიშვნელოვნად ითვლება ზიანი, როდესაც ნივთის ღირებულება აღემატება 150 (ასორმოცდაათი) ლარს. მიუხედავად იმისა, რომ ამ ჩანაწერში მოცემულია ზიანის შეფასების კრიტერიუმები, ჩანაწერში მაინც არსებობს ბუნდოვანება, რადგან ზიანის სიდიდეს ვერ განვსაზღვრავთ მხოლოდ ნივთის ღირებულებიდან გამომდინარე, რაზედაც საუბრობს კოდექსის მე-7 მუხლი და თუ ამ ორ დათქმას შორის გავავლებთ პარალელს, აშკარაა, რომ ზიანის მნიშვნელობა შეფასებული უნდა იქნას ინდივიდუალიზაციის პრინციპის გათვალისწინებით.

3.7. სისხლის სამართლის კოდექსის 1941 მუხლის შენიშვნის მიხედვით, დიდ ოდენობად ითვლება შემოსავალი 30 000 (ოცდაათათასი) ლარიდან 50 000 (ორმოცდაათი ათასი) ლარამდე, ხოლო ზედა მაჩვენებელი უკვე ჩათვლილია განსაკუთრებით დიდ ოდენობად. 196-ე მუხლის თანახმად მნიშვნელოვან ზიანად ითვლება უკანონოდ ნიშანდებული სასაქონლო ნიშანი, თუ იგი აღემატება 5 000 (ხუთი ათასი) ლარს;

3.8. 2001 მუხლის შენიშვნის ძალით კი, ზიანის ოდენობები დამოკიდებულია ყალბი აქციზური მარკის რაოდენობაზე [1 000 (დიდი ოდენობა) 5 000 (განსაკუთრებით დიდი ოდენობა)];

3.9. 2051 მუხლის შენიშვნის მიხედვით, მოჩვენებით, ან/და თვალთმაქცური გარიგების საშუალებით, ქონების გადამალვის შემთხვევაში, ზიანის მცირე ოდენობის ზღვარის ზედა ნიშნულია 10 000 (ათიათასი) ლარი;

3.10. საბაჟო საზღვარზე საქონლის გადაადგილებასთან დაკავშირებული წესის დარღვევისას (მ. 214) პასუხისმგებლობა ასევე დგება ზიანის სიდიდის მიხედვით, რომლის თანახმადაც, ქმედების დანაშაულებრივად ჩათვლის აუცილებელი პირობაა, რომ ნივთის ღირებულება აღემატებოდეს ზღვრულ ოდენობას 15 000 (თხუთმეტიათასი) ლარს;

3.11. გადასახადებისათვის განზრახ თავის არიდების შემთხვევაში (მ. 218) კი პასუხისმგებლობის საფუძველი ხდება ზიანი, რომელიც

აჭარბებს 100 000 (ასიათასი) ლარს;

3.12. როდესაც სახეზეა მომხმარებლის მოტყუება (მ. 219), დანაშაული სუბიექტური მხრივ გამოიხატება მომხმარებლის მიერ ზედმეტად გადახდილ თანხაში, რაც აღემატება გადახდილის 20%-ს. ამ მუხლის შენიშვნისადმი ინტერესი გამოწვეულია არა მხოლოდ იმ გარემოებით, რომ მომხმარებელი მოატყუეს, არამედ მნიშვნელობას იძენს ზედმეტად გადახდილი თანხის ოდენობა, რომელიც შესაძლებელია იყოს საერთო შეფასებით უმნიშვნელო, მაგრამ ქმედება ფორმალურად ჩასათვლელი გახდეს დანაშაულებრივად, თუმცა მცირე მნიშვნელობის გამო ამუშავდეს სისხლის სამართლის კოდექსის მე-7 მუხლი.

3.13. საკანონმდებლო ნოვაციაა სისხლის სამართლის კოდექსის 284-ე მუხლი, რომლის შენიშვნის ძალითაც უმნიშვნელო ზიანის მაქსიმალური ზღვრული ოდენობაა 2 000 (ორი ათასი) ლარი;

ამგვარად, თითოეული შემთხვევა შეფასებული უნდა იქნეს საკანონმდებლო მოცემულობასთან კონკრეტული სიტუაციის გაანალიზების გზით, რაც აუცილებელია პასუხისმგებლობის ზომების ინდივიდუალიზაციის პრინციპის გამოყენებით შერჩევისათვის და ქმედების კვალიფიკაციისათვის მნიშვნელობა უნდა მიენიჭოს დაუფლებული, მისაკუთრებული, თუ საამისოდ გამიზნული ნივთის/ნივთების საერთო ღირებულებას.⁶⁹ აღნიშნულის განხორციელება ემსახურება როგორც მიზანშეწონილი სასჯელის დანიშვნას, ასევე სამართლიანობისა და თანასწორობის პრინციპებს. ამ მიზნის განხორციელებისთვის პარალელები უნდა გაეკლოს ინდივიდუალობისა და კეთილდღეობის პრინციპებთან შორის.⁷⁰ ასე მივიღვართ სამართლიან რეზულტატამდე, რაც წარმოადგენს სისხლის სამართლის პოლიტიკის სწორად გაგებას.

ადამიანის ქცევის შესწავლის გარეშე შეუძლებელია გაკეთდეს დასკვნები იმაზე, თუ რა ხდება მის ფსიქიკაში. ყოველი კონკრეტული შემთხვევისათვის საჭიროა როგორც ქცევის ახსნა, ასევე განსაზღვრა და შეფასება იმ გარემოებებისა, რაც მოგვცემს ჭეშმარიტების სი-

⁶⁹ იხ. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს არქივი, საქმე №236 აპ-12 (საქართველოს უზენაესი სასამართლოს დიდი პალატა), თბ. 12 ნოემბერი, 2012.

⁷⁰ უ. ბახტაძე, ზიანის პრინციპი, როგორც კრიმინალიზაციის ერთ-ერთი საფუძველი, “თსუ იურიდიული ფაკულტეტის სამართლის ჟურნალი” №2, 2016, გვ. 289.

ცრუისაგან განსხვავების შესაძლებლობას. ამ მეთოდებით უნდა დაეკისროს პირს პასუხისმგებლობა და ისიც იმ შემთხვევაში, თუ დანაშაულის ჩადენისას მას გაცნობიერებული ჰქონდა თავისი მოქმედება და დანაშაულებრივი ქმედების განხორციელების სურვილი და შედეგი.⁷¹ ე.ი. პირის დასჯის აუცილებლობა საჯარო ინტერესით განპირობებული კანონიერი მიზნის გამოძახილი უნდა იყოს. აღნიშნული დათქმა კი, როგორც პროპორციულობის პრინციპის გამოვლინება, ნორმის შემფარდებელს აქცევს გარკვეულ ჩარჩოებში და სთხოვს, რომ ფორმალურის გარდა მატერიალური კრიტერიუმებითაც იხელმძღვანელოს და ისე დაადგინოს, არის თუ არა სახეზე სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობის საფუძველი.⁷² ამგვარად, მოსამართლეს შეიძლება მოუწიოს მოქმედი საკანონმდებლო რეგულაციებიდან გადახვევაც კი, როცა საკანონმდებლო რეგულაცია წინააღმდეგობაშია კონსტიტუციურ პრინციპთან, რაც არ უნდა იქნას გაგებული სამართალშემოქმედებად, ანუ როდესაც მოსამართლეს მოქმედი საკანონმდებლო რეგულაციიდან გადახვევით უწევს საკითხის გადაწყვეტა, იგი მაინც სამართალშემფარდებელია, რაც გამართლებულია იმით, რომ სამართალი არ არის მხოლოდ მოქმედი კანონმდებლობა და მასში მოიაზრება ასევე პოზიტიური სამართალი. პოზიტიური სამართალი კი, პირველ რიგში არის სამართლის ფუძემდებლური პრინციპები, რომელშიც სამართლის იდეა ჰპოვებს გამოხატულებას.⁷³

⁷¹ ნ. გოგნიაშვილი, წიგნში: გურამ ნაჭყებია-75, საიუბილეო კრებული, თბ. 2016, გვ. 100.

⁷² გ. ეუაშვილი, ქმედების მცირე მნიშვნელობა, როგორც სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობის გამომრიცხავი საფუძველი საკუთრების წინააღმდეგ მიმართულ დანაშაულის საქმეებზე, გვ. 1. სამართლის ელექტრონული ბიბლიოთეკა 2018. https://www.academia.edu/35997681/%E1%83%A5%E1%83%9B%E1%83%94%E1%83%93%E1%83%94%E1%83%91%E1%83%98%E1%83%A1_%E1%83%9B%E1%83%AA%E1%83%98%E1%83%A0%E1%83%94_%E1%83%9B%E1%83%9C%E1%83%98%E1%83%A8%E1%83%95%E1%83%9C%E1%83%94%E1%83%9A%E1%83%9D%E1%83%91%E1%83%90_.pdf.

⁷³ გ. ნანიშვილი, სამართლის ფილოსოფიის საკითხები, თბ. 1992, 129, მითითებულია: თ. ცქიტიშვილი, წიგნში: გურამ ნაჭყებია -75, საიუბილეო კრებული თბ. 2016, გვ. 124.

თავი IV

ქმედების მცირე მნიშვნელობა და სასამართლო პრაქტიკა

საინტერესოა, თუ როგორ ხდება სასამართლო პრაქტიკაში სისხლის სამართლის კოდექსის მე-7 მუხლის მე-2 ნაწილის გამოყენება. გარდა ამისა, საინტერესოა ასევე, თუ როგორ ხდებოდა ანალოგიურ პრობლემაზე სასამართლო (საკანონმდებლო) აქცენტები საზოგადოების არსებობის სხვადასხვა ეტაპზე.

სასამართლო პრაქტიკის მაგალითები, მოქმედი კანონმდებლობის პირობებში.

ა) საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სისხლის სამართლის საქმეთა პალატა. საქმე №556აპ-16. 7. მარტი, 2017 წელი. ქ. თბილისი.

დაცვის მხარე საკასაციო საჩივრით ითხოვდა ქუთაისის სააპელაციო სასამართლოს სისხლის სამართლის საქმეთა პალატის 2016 წლის 13 ივლისის განაჩენის გაუქმებასა და მსჯავრდებულების გამართლებას. მოტივაცია: მსჯავრდებულების ქმედება, საქართველოს სსკ-ის მე-7 მუხლის მე-2 ნაწილის თანახმად, წარმოადგენს მცირე მნიშვნელოვანს, რადგან მათ მიერ „...“ მაღაზიიდან ფარულად დაუფლებული ქონების - ერთი ქილა ყავის ღირებულება შეადგენს - 19 ლარს; ამასთან, მათი ქმედებით მაღაზიის სამენარმეო ან სავაჭრო საქმიანობას შეფერხება არ შექმნია. ქილა დაბრუნებულია გაუხსნელი/დაუზიანებელი; მსჯავრდებულებს აღიარებული და მოინანიებული აქვთ ჩადენილი ქმედება; მათ საქციელს, მართალია, მორალურად არ აქვს გამართლება, თუმცა იგი არ შეიძლება მიჩნეულ იქნეს დანაშაულად.

საკასაციო სასამართლოს განმარტებით, ამ ნორმით გათვალისწინებული ზიანის ცნებაში არ იგულისხმება მხოლოდ მატერიალური ზიანი და იგი შეიძლება გამოიხატოს როგორც მატერიალური, ისე არამატერიალური სახით, ხოლო იმისათვის, რომ დადგინდეს ქმედების მცირე მნიშვნელობა, საკმარისი არ არის აპელირება მართოდ მატერიალური ზიანის ოდენობაზე. მითითებულის დასადგენად აუცილებელია საქმის ფაქტობრივი გარემოებების შეფასება ერთობლივად – ჩადენილი ქმედების ხასიათისა და სიმძიმის, საზოგადოებრივი საშიშროების ხარისხის, დამნაშავის პიროვნებისა და მისი

წარსული ცხოვრების გათვალისწინებით.

მართალია, მსჯავრდებულები ფარულად დაეუფლნენ ერთ ქილა ყავას, რომელიც, ბუნებრივია, ვერ ჩაითვლება ადამიანის სასიცოცხლო პირობებისათვის აუცილებელ პროდუქტად, თუმცა აღნიშნული დამატებით ხაზს უსვამს მათი ქმედების საზოგადოებრივ საშიშროებას. სასამართლომ ჩათვალა, რომ მსჯავრდებულებმა ვერ გამოიტანეს შესაბამისი დასკვნები და არ განიმსჭვალნენ კანონის მიმართ სათანადო პასუხისმგებლობითა და პატივისცემით, რის გამოც მათ მიერ ჩადენილი ქმედება არ ჩაითვალა მცირე მნიშვნელობის მქონედ მხოლოდ იმიტომ, რომ დაზარალებულისათვის მიყენებული მატერიალური ზიანი შეადგენს 19 ლარს.⁷⁴

ანალიზი:

დანაშაული წარმოადგენს სისხლის სამართლის კოდექსით გათვალისწინებულ მართლსაწინააღმდეგო და ბრალეულ ქმედებას, რაც უკავშირდება განზრახვას. განაჩენი უსამართლოა, რადგან სააპელაციო და საკასაციო სასამართლოების მიერ ყურადღების მიღება დარჩენილი მსჯავრდებულთა განზრახვა, რაც განაპირობებს სხვა კომპონენტებთან ერთად საზოგადოებრივი საშიშროების ხარისხს და ქმედების მნიშვნელობის განმსაზღვრელია. განზრახვას წარმოადგენდა მცირე ღირებულების მქონე ნივთის ფარულად დაუფლება. ქმედებით მალაზიის სამენარმეო ან სავაჭრო საქმიანობას შეფერხება არ შექმნია. ქილა დაბრუნებულია პირვანდელი მდგომარეობით. მიუხედავად იმისა, რომ ქმედება ჩადენილია ორი პირის მიერ, საზოგადოებრივი საშიშროების ხარისხი არ არის იმ მოცულობისა, რომ ქმედება არ ჩაითვალოს მცირე მნიშვნელობის მქონედ.

ბ) თბილისის საქალაქო სასამართლოს სისხლის სამართლის საქმეთა კოლეგიის 2016 წლის 21 ოქტომბრის განაჩენით, ბრალდებული საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსის მე-7 მუხლის მე-2 ნაწილის საფუძველზე ცნობილ იქნა უდანაშაულოდ. განაჩენით დადგენილია, რომ ბრალდებული ფარულად დაეუფლა 25 ლარად ღირებულ საფულეს, რომელშიც იდო 10 ლარი, თუმცა აღნიშნული

⁷⁴ იხ. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს არქივი, საქმე №556 აპ-16. თბ. 7 მარტი, 2017.

ჩადენილია საზოგადოებრივ ტრანსპორტში. განაჩენი ბრალდების მხარის მიერ იქნა გასაჩივრებული სააპელაციო წესით, მოთხოვნით, რომ გაუქმებულიყო გამამართლებელი განაჩენი და დამდგარიყო გამამტყუნებელი განაჩენი.

თბილისის სააპელაციო სასამართლოს მიერ ქმედება არ იქნა შეფასებული მცირემნიშვნელობის მქონედ და გაუქმებული იქნა პირველი ინსტანციის განაჩენი. ახალი განაჩენით ბრალდებული ცნობილი იქნა დამნაშავედ.

სააპელაციო სასამართლოს განაჩენი საკასაციო წესით იქნა გასაჩივრებული დაცვის მხარის მიერ, რადგან თვლიდა, რომ განაჩენის მიღებისას დარღვეული იქნა, როგორც საპროცესო კანონმდებლობის, ასევე ევროკონვენციის მე-6 მუხლის მოთხოვნები.

საკასაციო პალატის გადაწყვეტილებით საჩივარი არ იქნა დაშვებული იმ მოტივებით, რომ დაუსაბუთებელი იყო და საქმე არ წარმოადგენდა არსებითი მნიშვნელობის მქონეს სამართალგანვითარებისათვის ან მსგავს საქმეებზე ერთგვაროვანი პრაქტიკის ჩამოყალიბებისათვის.⁷⁵

ანალიზი:

პირველი ინსტანციის სასამართლოს მიერ მიღებული განაჩენი დაუსაბუთებელია. სახეზეა საზოგადოებრივი საშინაოების მაღალი ხარისხი, რადგან დამნაშავის განზრახვა არ იყო მიმართული 25 ლარის დაუფლებაზე. ამ მოცემულობით იგი ვერ გათვლიდა ზიანის მოცულობას, რადგან ქურდობა ჩადენილია საზოგადოებრივ ტრანსპორტში, საფულე უყურადღებოდ არ იყო მიტოვებული, რასაც შესაძლებელია დამნაშავის პიროვნებაში გამოეწვია ასოციაცია მხოლოდ იმისა, რომ მასში იყო მცირე ღირებულების ნივთი. ამ შემთხვევაში ქმედების შემადგენლობის ელემენტი-განზრახვა ანუ ფაქტობრივი გარემოებების ცოდნა და ქმედების ნებელობა სახეზეა ანუ სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობა შედეგის სიმძიმეზე დამოკიდებული და თუ სუბიექტი ცდება შედეგში, მაშინ მისი პასუხისმგებლობა უნდა

⁷⁵ იხ. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს არქივი, საქმე №164 აპ-17. თბ. 17 ივლისი, 2017.

მოხდეს განზრახვის მიმართულების მიხედვით, რაც მოცემულ შემთხვევაში გამორიცხულია.⁷⁶ რაც შეეხება სააპელაციო სასამართლოს განაჩენს, მართალია, განაჩენი კანონიერია, მაგრამ იგი არ არის დასაბუთებული სწორედ იმ ჭრილში, რა პოზიციაც გამაჩნია პირადად მე, ხოლო უზენაესმა სასამართლომ, არ გააანალიზა რა, მითითებული საკითხები, არასწორად ჩათვალა, რომ საქმე არ წარმოადგენდა არსებითი მნიშვნელობის მქონეს სამართალგანვითარებისათვის ან მსგავს საქმეებზე ერთგვაროვანი პრაქტიკის ჩამოყალიბებისათვის. უზენაეს სასამართლოს უნდა ემსჯელა პირველი და სააპელაციო ინსტანციის სასამართლოების მიერ დაშვებულ შეცდომებზე და უნდა მოეხდინა ინტერპრეტირება და შეფასება იმ საკითხებისა, რომლებზედაც მიგვითითებს როგორც სისხლის სამართლის კოდექსის მე-7 მუხლის მე-2 ნაწილი, ასევე სხვა რეგულაციები.

გ) საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სისხლის სამართლის პალატამ 2005 წლის 8 თებერვალს განიხილა საკასაციო საჩივარი **ქუთაისის საოლქო** სასამართლოს 2004 წლის 1 ნოემბრის განაჩენზე, რომლითაც უცვლელი დარჩა **ზუგდიდის რაიონული სასამართლოს** 2004 წლის 3 სექტემბრის განაჩენი.

პირველი ინსტანციის განაჩენით, ბრალდებული ცნობილი იქნა დამნაშავედ ქურდობისათვის, რაც გამოიხატა მასში, რომ ბრალდებულმა გამოსაცდელი ვადის პერიოდში ჩაიდინა სხვისი 15 ლარად ღირებული მოძრავი ნივთის ფარული დაუფლება, ანუ სამარშუტო ტაქსის გაჩერებაზე გასტაცა პირს ხელჩანთა, რომელში იდო სხვადასხვა ნივთები და ხელჩანთის ღირებულებასთან ერთად მათი საერთო ღირებულება იყო 15 ლარი.

საკასაციო საჩივრის ავტორის მოსაზრებით, საქმე უნდა შეწყვეტილიყო რადგან სახეზე იყო მცირე მნიშვნელობის ზიანი, ბრალდებულს აღიარებული ჰქონდა ჩადენილი, ინანიებდა მას და დაზარალებულს მის მიმართ არ გააჩნდა პრეტენზია.

უზენაესი სასამართლოს განმარტებით, საჩივარი იყო საფუძვლიანი და უნდა დაკმაყოფილებულიყო და მიუთითა სისხლის სამართ-

⁷⁶ მ. ლომსაძე, სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობის საფუძველი. ჟ. "მართლმსაჯულება და კანონი" №1(44) 2015, გვ. 69.

ლის კოდექსის მე-7 მუხლის მე-2 ნაწილზე, რადგან საქმეზე დადგინდა სულ სხვა გარემოება – რომ ქურდობა მოხდა სასააღიაროში, სადაც ერთ-ერთ სკამზე, უპატრონოდ იდო აღნიშნული ჩანთა, რა დროსაც ბრალდებულმა ჩათვალა/გააცნობიერა, რომ თუ ჩანთაში იქნებოდა დიდი ოდენობის თანხა, მესაკუთრე მას არ დატოვებდა. ამ განზრახვით კი, მან ჩაიდინა შეცდომა და მცირე თანხის ქურდობის მიზნით მოიპარა ხელჩანთა, რომელიც მოთხოვნისთანავე წარუდგინა პოლიციის მუშაკებს.

სასამართლომ გააუქმა გასაჩივრებული განაჩენები და საქმე შეწყვიტა მცირე მნიშვნელობის გამო.

ანალიზი:

სახეზეა, რომ პირველი და სააპელაციო ინსტანციების გადაწყვეტილებების მიღებისას, სასამართლოებმა არ შეისწავლეს მოცემულობა, რის გამოც მივიდნენ არასწორ გადაწყვეტილებამდე. ამდენად, მათი განაჩენები უკანონოა. რაც შეეხება საკასაციო სასამართლოს, მიუხედავად იმისა, რომ სასამართლომ მიიღო კანონიერი განაჩენი, მას აკლია დასაბუთება, რადგან არაა გადმოცემული, თუ რის მცირე მნიშვნელობაზეა საუბარი და ამავე დროს არ არის ახსნილი განხორციელებული ქმედების საზოგადოებრივი საშიშროების ხარისხი, რაც ქმედების მცირე მნიშვნელოვნად შეფასებისათვის წარმოადგენს ერთ-ერთ აუცილებელ კომპონენტს.⁷⁷

დ) თბილისის საქალაქო სასამართლოს სისხლის სამართლის საქმეთა კოლეგიის 2015 წლის განაჩენით პირი გამართლებული იქნა წარდგენილ ბრალდებაში 177-ე მუხლის პირველი ნაწილით გათვალისწინებული ქურდობისათვის. კონკრეტულად კი:

ა) დასაუფლებელ ობიექტს წარმოადგენდა სწრაფი ჩარიცხვის აპარატში ჩარიცხული მონეტები.

ბ) დანაშაულის ჩადენის ხერხი გამოიხატა რკინის მონეტების ჩასარიცხ ქრილში ქალაღდის ჩაჭედვით და რკინის წვრილი ჩხირის მეშვეობით ქრილიდან მონეტების გამოღებით.

გ) დაუფლებული თანხის ოდენობა შეადგენდა 3 ლარს.

⁷⁷ იხ. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს არქივი. საქმე №425 აპ. თბ. 17 ივლისი, 2017.

სასამართლოს განაჩენის თანახმად, ქმედება ფორმალურად შეიცავდა დანაშაულის ნიშნებს, თუმცა მხოლოდ ფორმალური შესატყვისობა არ იყო საკმარისი, რადგან ქმედებას არ გამოუწვევია, დანაშაულისათვის დამახასიათებელი ზიანი, რის გამოც გამოტანილი იქნა გამამართლებელი განაჩენი.

სააპელაციო სასამართლომ ბრალდებული ცნო დამნაშავედ და დააყენა გამამტყუნებელი განაჩენი შემდეგი მოტივებით:⁷⁸

ა) მე-7 მუხლის მეორე ნაწილის ტერმინში ზიანის მნიშვნელობა – მოიაზრება როგორც მატერიალური, ასევე არამატერიალური ზიანი;

ბ) მხოლოდ ამ ორი კრიტერიუმით არ უნდა მოხდეს ქმედების მცირე მნიშვნელობის შეფასება, რადგან საკითხის შეფასების განსაზღვრულობის ფარგლები ბევრად უფრო მეტია;

გ) ზიანის მიხედვით ქმედების კრიმინალიზება მიბმულია ქმედების ხასიათზე და სწორედ აქედან გამომდინარე ზიანის ოდენობით მისი კრიმინალიზაციის ლიმიტირებაზე, დევიაციური ქმედების საშიშროების ხარისხზე, რის უგულებელყოფასაც მივყავართ საკითხის ზედაპირულ შეფასებამდე და თრგუნავს კანონმდებლის ნებას არაპროპორციული მიდგომის დანერგვით;

დ) შესაძლებელია, უშუალოდ დანაშაულის შედეგად მიყენებული ზიანი 1 თეთრს არ აჭარბებდეს, თუმცა იგი მაინც არ ჩაითვალოს მცირე მნიშვნელობის ზიანად ქმედების ხასიათისა და მასში გამოხატული მართლსაწინააღმდეგო ნების გათვალისწინებით, რა შემთხვევაშიც მნიშვნელობა ვერ მიენიჭება მხოლოდ მათემატიკურ გამოსახულებას.

ე) მხოლოდ მატერიალურ ზიანზე და ამ მიზნის მიღწევიდან გამომდინარე ქმედების მცირე მნიშვნელოვნად შეფასებაზე მსჯელობას მივყავართ არასრულფასოვან შედეგამდე, რადგან ამ მოცემულობით 1 ლარიანი პროდუქციის მიღების მიზნით ბინაში უკანონო შეღწევა ან სხვა ქმედებები ზიანის მცირე მნიშვნელოვნად შეფასების წინაპირობა იქნებოდა და გამორიცხავდა უპირობოდ ქმედების 177-ე მუხლით დაკვალიფიცირებას (ფარულობის შემთხვევაში);

⁷⁸ იხ. თბილისის სააპელაციო სასამართლოს არქივი, საქმე №1/ბ-165-16. თბ. 23 მარტი, 2016.

ვ) ახალი დანაშაულის თავიდან აცილების პრევენციისათვის, საზოგადოების წევრებისათვის ცნობილი უნდა იყოს, რომ ასეთი ქმედება, სპეციალური საგნით, წინასწარ მოფიქრებული განზრახვით – გაუმართლებელია და არ წარმოადგენს მცირე მნიშვნელობის მქონეს.

ანალიზი:

სააპელაციო სასამართლოს განაჩენი ყოველმხრივ დასაბუთებულია. იგი კანონიერია და წარმოადგენს ერთგვარ სასამართლო პრაქტიკას.

ისტორიული თვალთახედვა

ძველი ქართული სამართლის ძეგლების მიხედვით, მეფე და კათოლიკოსი უზენაეს მოსამართლედ არიან აღიარებულნი, ვინაიდან მეფისა და კათოლიკოსის „სამართალი არავისგან მოიშლების“, თუმცა ისეთი მნიშვნელოვანი სამართლის სფეროს მონესრიგება, როგორცაა სისხლის სამართალი, მხოლოდ ხელმწიფეს ექვემდებარებოდა და საზოგადოებაში, სადაც ბატონობდა გვაროვნული სოლიდარობის პრინციპი, შურისძიებისა და კომპოზიციათა (ანყობა, აშენება, შედგენა) ინსტიტუტი, დანაშაულის სუბიექტურ მხარეს განმსაზღვრელი მნიშვნელობა არ ენიჭებოდა, ამ საზოგადოებისათვის დამახასიათებელია ობიექტური შერაცხვის პრინციპი, რაც არაა გასაკვირი იმდენად, რამდენადაც დანაშაულთა მნიშვნელოვანი ნაწილი დელიქტია (სამართალდარღვევა, სამოქალაქო სამართლებრივი დარღვევა), ხოლო საჯარო საწყისი უაღრესად სუსტადაა განვითარებული. სწორედ ამ მიზეზების გამო ნაკლებად ვხვდებით (თითქმის არ მოიძებნება) დასმული საკითხის შესატყვის ისტორიულ ცნობებს.

დ ა ს კ ვ ნ ა

ევროკონვენციაზე ხელმოწერი ქვეყნები ითვალისწინებენ რა, 1948 წლის 10 დეკემბერს გაერთიანებული ერების ორგანიზაციის გენერალური ასამბლეის მიერ გამოცხადებულ ადამიანის უფლებათა

საყოველთაო დეკლარაციას,⁷⁹ არავინ შეიძლება მიიჩნიონ ბრალეულად რაიმე დანაშაულის ჩადენაში ისეთი მოქმედების ან უმოქმედობის გამო, რომელიც ჩადენის დროს არ ითვლებოდა სისხლის სამართლის დანაშაულად ეროვნული ან საერთაშორისო სამართლის მიხედვით.⁸⁰

საქართველო აღიარებს ხსენებულ რეგულაციებს და შესაბამისობაში მოჰყავს ქვეყნის კანონმდებლობა, მათ შორის სისხლის სამართლის კოდექსი, რომელიც, ფაქტობრივად, კატეგორიად განსაზღვრავს დანაშაულებრივ ქმედებას (მ.1), რომლის მიხედვითაც: დანაშაულად ითვლება ისეთი ქმედება, რომელიც ხასიათდება ბრალეულობითა და სისხლისსამართლებრივი მართლწინააღმდეგობით (მ. 7), იკრძალება სისხლის სამართლის კოდექსით და ახლავს სასჯელის შიში. ე. ი. კანონმდებელი, ფაქტობრივად, მნიშვნელობას ანიჭებს დანაშაულის მატერიალურ-ფორმალურ განსაზღვრებას, რადგან, თავის მხრივ, დანაშაულის მატერიალურ ასპექტში დანახვით, განისაზღვრება, თუ რა სახის ქმედება არ უნდა ჩავთვალოთ დანაშაულებრივად, თუმცა ფორმალურად ის შეიძლება შეიცავდეს სისხლის სამართლის კოდექსით განსაზღვრული რაიმე სახის ქმედების ნიშნებს, მაგრამ მცირე მნიშვნელობის გამო არ წარმოადგენდეს საზოგადოებრივად საშიშს. სხვა სიტყვებით რომ ვთქვათ, კანონმდებელი ქმედებას არ თვლის საზოგადოებრივად საშიშად ანუ დანაშაულებრივად, თუ იგი არის მცირემნიშვნელოვანი. ამგვარად, მცირემნიშვნელობის მქონედ შეფასებისათვის, ქმედებებში, არ უნდა შეინიშნებოდეს საზოგადოებრივი საშიშროება.

არსებული საკანონმდებლო მოცემულობა გვევლინება სახელმწიფოს ლიბერალური პოლიტიკის გამოხატულებად, რომლის მიხედვითაც ყოველი კონკრეტული ქმედების კრიმინალიზაცია უშუალოდაა დაკავშირებული საზოგადოების ღირებულებებსა და მორალთან. ე.ი. სახელმწიფო თვლის, რომ პიროვნების ცხოვრებას და ღირებულებებს გააჩნია პრიორიტეტი მის ინტერესებთან შედარებით. ევროსასამართლოს დიდი პალატა, საქმეზე სვინტერი და სხვები გაერთიანებული

⁷⁹ ადამიანის უფლებათა და ძირითად თავისუფლებათა დაცვის ევროპული კონვენცია. რომი, 04. 11. 1950.

⁸⁰ ადამიანის უფლებათა საყოველთაო დეკლარაცია. გაეროს გენერალური ასამბლეა, 10. 12. 1948 (მ. 11).

სამეფოს წინააღმდეგ ყურადღებას ამახვილებს მსჯავრდებულის ღირსებაზე, რომ დამნაშავეს უნდა მიეცეს შანსი, დანაშაულის გამო-სყიდვის შემდეგ ხელახლა გახდეს საზოგადოების ნაწილი. სახელმ-ნიფო ვალდებულია, შესაძლებლობის ფარგლებში მიიღოს ყველა საჭირო ზომა, რათა მიაღწიოს მოცემულ მიზანს.⁸¹

ამგვარად, ქმედების დასჯადად ჩათვლისათვის აუცილებელია, სამართლებრივი პროცედურების თანხმლები იყოს ლიბერალური ღირებულებები, თუმცა არ უნდა დარჩეს მხედველობის მიღმა ის გარემოება, რომ საზოგადოებრივი საშიშროება, არათუ მხოლოდ დანაშაულის ცნების სახეობითი ნიშანია, არამედ იგი არის გვარეობითი ნიშანი, რომელიც ახასიათებს, როგორც დანაშაულს, ისე სამართალდარღვევის სხვა სახეებსაც.⁸²

გასათვალისწინებელია, რომ ქმედების დანაშაულებრივად შეფასებისათვის, სისხლის სამართლის კოდექსით რეგლამენტირებული ჩამონათვალი ზიანის ოდენობასთან დაკავშირებით, გვევლინება ერთგვარი ინტერპრეტირების საშუალებად, რომლის ფონზეც უნდა განხორციელდეს სამართალწარმოების პროცესი.

სამართლიანი შედეგი ვერ მიიღწევა მხოლოდ დოქტრინული მითითებების შესრულებით, რადგან პრაქტიკაში ყველა შესაძლო ვარიანტის ამონაწერა არც ერთ კოდექსს არ ძალუძს, თუ გინდ მისი მოცულობა ძალიან დიდი იყოს.⁸³ პროცედურის თანხმლები უნდა იყოს არსებული საკანონმდებლო და პრაქტიკული რეალობა, რომელიც საუბრობს ზიანზე, რაც შეადგენს ქმედების საშიშროების ხარისხის განმაპირობებელ ერთ-ერთ კომპონენტს. რაც უფრო მეტია ობიექტის საზოგადოებრივი ღირებულება და რაც უფრო დიდია შესაძლებელი ზიანის მოცულობა, დანაშაულებრივი შედეგის მით უფრო მცირე შესაძლებლობაა საკმარისი ქმედების საზოგადოებრივი სა-

⁸¹ საქმე (საჩივრები) №66069/09, 130/10 და 3896/10, სვინტერი და სხვები გაერთიანებული სამეფოს წინააღმდეგ, ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს დიდი პალატა, 9 ივლისი 2013, გვ. 38.

⁸² თ. წერეთელი, საზოგადოებრივი საშიშროება და მართლწინააღმდეგობა სისხლის სამართალში, თბ. 2006, გვ. 24.

⁸³ მ. ლეკვიშვილი, ნიგნში: მ. ლეკვიშვილი, ნ. თოდუა, გ. მამულაშვილი, სისხლის სამართლის კერძო ნაწილი, თბ. 2011, გვ. 18.

ამგვარად, ქმედების მცირე მნიშველოვნად შეფასებისათვის საკანონმდებლო სივრცეში კონკრეტული ფორმულის არარსებობა შევსებულია გარკვეულწილად სისხლის სამართლის კოდექსში გაკეთებული აქცენტებით. ამ პრობლემის გამო კი, იმისათვის, რომ მცირე მნიშვნელობის ზიანის არსებობისას ზუსტად შეფასდეს განხორციელებული ქმედების საზოგადოებრივი საშიშროების ხარისხი, აუცილებელია, მოსამართლე გასცდეს კოდექსის შესაბამისი მუხლების დისპოზიციაში აღწერილ შემადგენლობებს, გადააბიჯოს ფორმალურად დანაშაულის არსებობის სტადიას და შეფასება მატერიალურ კრიტერიუმებზე დაიყვანოს.⁹⁰

გარდა ხსენებული ხარვეზისა, აღსანიშნავია, რომ მოქმედი სისხლის სამართლის კოდექსით სასჯელის მინიმუმებსა და მაქსიმუმებს შორის ზღვრები დაპატარავებულია, რაც ნიშნავს მოსამართლის დამოუკიდებლობის შეზღუდვას⁹¹ და, მიუხედავად ამისა, შესაბამისი პარალელების გავლებით უნდა მოხდეს სისხლის სამართლის დოქტრინული მოცემულობების დაბალანსება.

ქმედების დანაშაულად შერაცხვა-არშერაცხვის დროს, პირველ რიგში, დადგენილ უნდა იქნეს: მიზეზობრივი კავშირი ქმედებასა და დამდგარ შედეგს შორის (მ. 8); ზიანის ოდენობა; ქმედების მნიშვნელობა; საზოგადოებრივად საშიშროების ხარისხი; ჩადენის ხერხი; საშუალება და დამნაშავის დამოკიდებულება მომხდართან რაც მოითხოვს მართლმსაჯულების სისტემის **კომპლექტაციას შემოქმედებითი უნარის მქონე პერსონალით.**

რადგან ნებისმიერი ქმედების შეაფასებას თანმიმდევრულად ახორციელებს კანონმდებელი, ამიტომ მოსამართლე შებოჭილია კანონმდებლის მიერ მოცემული შეფასებებით და მოქმედებს წინასწარ დადგენილი შეფასებითი მასშტაბების შესაბამისად⁹² ანუ, მართალია, დისკრეციის

3%AA%E1%83%98%E1%83%A0%E1%83%94_%E1%83%9B%E1%83%9C%E1%83%98%E1%83%A8%E1%83%95%E1%83%9C%E1%83%94%E1%83%9A%E1%83%9D%E1%83%91%E1%83%90_.pdf.

⁹⁰ იქვე, გვ. 8.

⁹¹ ო. გამყრელიძე, მოსყიდვა ქვემოდან, თუ მოსყიდვა ზემოდან, ჟ. "ადვოკატი" №3-4, თბ. 2014, გვ. 76.

⁹² გ. ხუბუა, სამართლის თეორია, თბ. 2004, გვ. 185.

გამოყენება უნდა განხორციელდეს პროცესის ყველა ეტაპზე სრული ანგარიშგების უზრუნველყოფითა და კანონის უზენაესობის თანახმად,⁹³ მაგრამ ამავე პროცედურებით უნდა მოხდეს ქმედების საზოგადოებრივი საშიშროების ბუნების გათვალისწინება, რაც ნიშნავს იმას, რომ სასამართლომ მხედველობაში უნდა მიიღოს კანონით დაცული სოციალური ღირებულებების უსამართლოდ ხელყოფის ხარისხი.⁹⁴

როდესაც ქმედებაში არ არსებობს საზოგადოებრივი საშიშროების ნიშნები მატერიალური თვალსაზრისით, აღნიშნული განაპირობებს მის უდანაშაულოდ მიჩნევას⁹⁵ ანუ იმისათვის, რომ ქმედება ჩაითვალოს მცირემნიშვნელობის მქონედ, აუცილებელია სახეზე იყოს რამოდენიმე წინაპირობა.

1. ქმედება უნდა შეიცავდეს დანაშაულის ყველა ფორმალურ ნიშანს. თუ ქედებაში არ იკვეთება თუნდაც ერთი ნიშანი მაინც, მისი დანაშაულებრივად მისაჩნევად, მაშინ იგი ჩაითვლება არა მცირემნიშვნელოვნად, არამედ უდანაშაულოდ. ე.ი. თუ ქმედების კრიმინალიზაცია დამოკიდებულია რაიმე სახის შედეგზე ან/და ზომაზე, რომელიც უშუალოდაა დანაშაულის შემადგენელი ნაწილი, მაშინ ქმედებაში ამ ელემენტების არ არსებობა მიუთითებს მის უდანაშაულობაზე არა მცირემნიშვნელობის, არამედ ქედების შემადგენლობის არარსებობის გამო.

2. ქმედება თუმცა ფორმალურად უნდა შეიცავდეს დანაშაულის ყველა ნიშანს, მაგრამ ზიანის სახით გამოწვეული შედეგი არ უნდა იყოს არსებითი ხარისხის, ან/და არ უნდა შეიცავდეს მისი მიყენების საშიშროებას ანუ ქმედებაში არ უნდა იყოს საზოგადოებრივი საშიშროების ნიშნები. ე. ი. „მცირემნიშვნელობა,“ როგორც ცნება, შეფასებითია, ხოლო ქმედებაში საზოგადოებრივი საშიშროების ნიშნების არსებობა დამოკიდებულია თვით ფაქტზე, რომელიც დგინდება სამართალწარმოების დროს ისეთი გარემოებებით, როგორიცაა: დანაშაულის ჩადენის ხერხი, შედეგი, მოტივი, პირის ბრალეულობის

⁹³ ტოკიოს წესები. გაეროს გენერალური ასამბლეა 1990, 14 დეკემბერი, რეზოლუცია №45/110.

⁹⁴ Пленум верховного суда рф, Постановление №58. 22.12.2015 г., 1.

⁹⁵ Уголовное право, Общая часть, Учебник для бакалавров, отв. Редактор А. Н. Тарбагаев, М. 2016, 61.

ხარისხი, გულწრფელი მონანიება, მიყენებული ზიანის ნებით ანაზღაურება, ცხოვრების წესი ქმედების ჩადენამდე და მის შემდეგ, ოჯახური მდგომარეობა და სხვა.⁹⁶

3. რადგან ბრალი არის პასუხისმგებლობის პოზიტიური და ნეგატიური ასპექტების კავშირის ფორმა, როცა სუბიექტი, ერთი მხრივ, მოქმედებს უპასუხისმგებლოდ, ნაცვლად იმისა, რომ ემოქმედა პასუხისმგებლურად, ესე იგი, მისი პიროვნული მოწოდებისა და დანიშნულების მიხედვით, ხოლო, მეორე მხრივ, თავისი უპასუხისმგებლო ქმედებით ნეგატიურ პასუხისმგებლობას აფუძნებს,⁹⁷ ამ პრინციპის შინაარსიდან გამომდინარე, ქმედების მცირემნიშვნელოვნად მიჩნევის აუცილებელი წინაპირობაა, რომ პირის განზრახვა/მიზანი პირდაპირ იყოს მიმართული არაარსებითი ხარისხის ზიანის მიყენებაზე. თუ პირს განზრახული ჰქონდა, რომ მისი ქმედება გამოიწვევდა მნიშვნელოვან ზიანს, თუმცა განზრახვა ვერ მოვიდა სისრულეში მისგან დამოუკიდებელი მიზეზების გამო, მაშინ ქმედება არ შეიძლება შეფასდეს მცირემნიშვნელობის მქონედ. ასეთ შემთხვევაში ჩადენილი ქმედება უნდა ჩაითვალოს დაუმთავრებელ დანაშაულად.⁹⁸

მაშასადამე, კანონმდებელი ერთგვარად ზრუნავს როგორც მიღებული რეგულაციების, ასევე ქმედების განმახორციელებელი პირის დაცვაზე და თუ პარალელს გავავლებთ დასჯასა და დაცვას შორის, აღსანიშნავია, რომ ამ ცნების (მცირემნიშვნელობა) დახმარებითაა დაცული ადამიანთა ინტერესები, რომლებმაც მართალია ფორმალურად გადააბიჯეს სისხლისსამართლებრივი კანონის ზღვარს, მაგრამ სინამდვილეში არ ჩაუდენიათ დანაშაული.⁹⁹

⁹⁶ Уголовное право, Общая часть, Учебник для бакалавров , отв. Редактор А. Н. Тарбагаев, М. 2016, 61-63.

⁹⁷ გ. ნაჭყებია, ობიექტური შერაცხვის პრობლემა სისხლის სამართალში, “თსუ სამართლის ჟურნალი” №2, 2012, გვ. 268.

⁹⁸ Уголовное право. Общая часть, Учебник для бакалавров, отв. Редактор А. Н. Тарбагаев, М. 2016, 63.

⁹⁹ იქვე, გვ. 61.

თათია ქვრივიშვილი

სასამართლო მედიატორი, ივ. ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის დოქტორანტი

არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულების ისტორიული ასპექტები საზღვარგარეთის ქვეყნებში და არსებული მოდელები

შესავალი

როგორც მშობლები ფიქრობენ მათი შვილების აღზრდის საუკეთესო მეთოდებზე, უახლოესი წლებიდან მოყოლებული, სახელმწიფოები ებრძვიან იმ საკითხს, თუ როგორ უპასუხონ ახალგაზრდების მიერ ჩადენილ სამართალდარღვევებს.¹

არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულებას საზღვარგარეთის ქვეყნებში ღრმა ფესვები აქვს. იგი საუკუნეების განმავლობაში ყალიბდებოდა და საბოლოო ჯამში მის ყველაზე აღსანიშნავ ასპექტად გამოიკვეთა „ყველა ქვეყნის სწრაფვა, ჰქონდეს იმგვარი სამართალი და პოლიტიკა, რომელშიც ასახული იქნება შეხედულება, მოეპყრონ არასრულწლოვნებს ზრდასრულ დამნაშვეთაგან განსხვავებულად.“²

ვინაიდან, უკანასკნელ წლებში არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულება საქართველოს საკანონმდებლო სივრცის ერთ-ერთ პრიორიტეტულ მიმართულებად იქცა, სწორედ აქედან გამომდინარე, ნაშრომის მიზანს წარმოადგენს აშშ-სა და ევროპაში არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულების სისტემების, მისი ისტორიული ასპექტების, წარმოშობისა და განვითარების ტენდენციების კვლევა. განიხილება საკითხები იმის შესახებ, თუ რა გზა გაიარეს მონიშნავ ქვეყნებმა არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულების განვითარების მხრივ, რა მოდელები ჩამოყალიბდა და ბავშვთა უფლებების კუთხით როგორ ვითარდებოდა საერთაშორისო სამართალი.

¹ Doob A. N., Tonry M., Varieties of Youth Justice, Crime and Justice, Vol. 31, Youth Crime and Youth Justice: Comparative and Cross-National Perspectives, Crime and Justice, The University of Chicago Press Journals, 2004, p. 1.

² იქვე, გვ. 3.

1. არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულების წარმოშობა

არასრულწლოვანთა სასამართლოს კონცეფცია სათავეს იღებს მე-17 საუკუნის ევროპიდან. თუმცა, თუ უფრო შორეულ წარსულს გადავხედავთ, ტერმინი *parens patriae* წარმოიშვა მე-12 საუკუნეში ინგლისის მეფის კარზე და სიტყვასიტყვით ნიშნავს „ქვეყნის მამას“. გამოიყენებოდა რა არასრულწლოვანთა საქმეებზე, *parens patriae* ნიშნავს მეფის პასუხისმგებლობასა და ზრუნვას ყველა იმ საკითხზე, რაც ეხება ახალგაზრდობას. ბავშვებს ხშირად თვლიდნენ ქონებად და, შესაბამისად, ისინი ექვემდებარებოდნენ მეფის ან მისი აგენტების სურვილებს. ეს განსაკუთრებით აქტუალური მაშინ იყო, როდესაც ისინი არღვევდნენ კანონს. ადრეული ინგლისური საერთო სამართლის ფარგლებში, მშობლებს ჰქონდათ ძირითადი პასუხისმგებლობა, აღეზარდათ შვილები ნებისმიერი გზით, რომლებსაც ისინი ჩათვლიდნენ შესაფერისად. ამასთან, როდესაც შვილები მიაღწევდნენ 7 წლის ასაკს ან ჩაიდნდნენ დანაშაულს, კანცლერები, რომლებიც მეფის სახელით მოქმედებდნენ, განიხილავდნენ ახალგაზრდებთან დაკავშირებულ საქმეებს. ახალგაზრდებს არავითარი სამართლებრივი უფლებები არ ჰქონდათ და არსებითად იყვნენ სასამართლო ზედამხედველობის ქვეშ. როგორც ასეთი, სასამართლოებს ევალებოდათ მათი კეთილდღეობის დაცვა. მიუხედავად იმისა, რომ მშობლები მხოლოდ შვილების აღზრდაზე იყვნენ პასუხისმგებელნი, სახელმწიფოს ჰქონდა უპირველესი და ლეგიტიმური ინტერესი ბავშვების აღზრდის.³

უკვე მეცხრამეტე საუკუნიდან, ადრეული რეფორმატორული მოძრაობა ცდილობდა მოეძებნა გზა, რომელიც შეცვლიდა სისტემას ისე, რომ ბავშვებს არ ექნებოდათ ურთიერთობა სრულწლოვან დამნაშავეებთან და არ დაექვემდებარებოდნენ მათთვის განკუთვნილ სასჯელებსა და ცხოვრების წესებს. ეს ახალი სასამართლო სისტემა ცდილობდა მოეხდინა არასრულწლოვანი სამართალდამრღვევის რეაბილიტაცია და არა მისი დასჯა. ამ მიზნის მისაღწევად არასრულწლოვანთა სასამართლომ მოახდინა რესტრუქტურისაცია

³ Burke A. S., Carter D., Fedorek B., Morey T., Rutz-Burri L., Sanchez Sh., Introduction to the American Criminal Justice System, p. 390.

არაფორმალურ, არაშეჯიბრებით სისტემად. პროცესები განიხილებოდა „სისხლის“ ნაცვლად „სამოქალაქოდ“. გადანყვეტილებები მიიღებოდა ჩვეულებრივი სისხლის სამართლის საპროცესო ნორმების მიდევნების გარეშე. მომხრეები იმედოვნებდნენ, რომ ამ ახალ ატმოსფეროში რეფორმირებული ბრალდებული ბავშვები შეაბიჯებდნენ სრულწლოვანებაში „ყოფილი დამნაშავეის« სტიგმის გარეშე.⁴

1.1. არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულება აშშ-ში

შერთებულ შტატებში არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულების კუთხით მიმდინარე მოვლენებზე *Parens patriae*-ს კონცეფციამ იქონია მნიშვნელოვანი გავლენა, როგორცაა ბავშვთა გადარჩენის მოძრაობა, თავშესაფრის სახლები და სარეფორმო სკოლები. *Parens patriae*-ს ურყევი მოძღვრება შეიძლება იქნას აღქმული, „მეფე, როგორც მამა“ იდეოლოგიიდან უფრო ზოგადისკენ განვითარებად - “სახელმწიფო“ რომელიც ბავშვის საუკეთესო ინტერესისთვის მოქმედებს.“ ახალგაზრდებთან დაკავშირებული შემდგომი საკითხები ტრიალებდა ბავშვის საუკეთესო ინტერესის ცნების გარშემო; უნდა ჩამორთმეოდათ თუ არა შვილები გზასაცდენილ მშობლებს, გაეგზავნათ ისინი მანანალობისათვის სარეფორმო სკოლებში ან თუნდაც დანესებულებებში, სანამ არ მიაღწევდნენ სრულწლოვანებას, ან 18 წლის ასაკს. იდეა მდგომარეობს იმაში, რომ სახელმწიფო მოქმედებს მათი საუკეთესო ინტერესებით, იცავს ახალგაზრდებს, რათა არ გახდნენ საზოგადოების არასწორად მომზადებული წევრები. ამრიგად, სამართლოები საქმეში ერევიან ახალგაზრდების სასიკეთოდ.⁵

XIX საუკუნეში, ბავშვები თანდათან აღიქმებიან, როგორც დაუცველები და განსაკუთრებული მოვლისა და ზედამხედველობის საჭიროების მქონენი. ამ კონცეფციის ერთი ილუსტრაცია იყო 1825 წელს ნიუ-იორკში თავშესაფრის სახლის დაარსება. ეს იყო საქალაქო დანესებულება, რომელიც გამოიყენებოდა იმ ახალგაზრდების განსა-

⁴ Greenebaum S.S' Conditional Access to Juvenile Court Proceedings: A Prior Restraint or a Viable Solution?, *Journal of Urban and Contemporary Law*, 1993, p.142.

⁵ Burke A. S., Carter D., Fedorek B., Morey T., Rutz-Burri L., Sanchez Sh., Introduction to the American Criminal Justice System, p. 390.

თავსებლად, რომლებიც ქუჩაში უზედამხედველად მოძრაობდნენ, ან რომელთა წინააღმდეგ საქმეები გადაცემული ჰქონდათ სასამართლოებს. ეს სახლები გამიზნული იყო არა დამნაშავებისთვის, არამედ რისკის ქვეშ მყოფი ახალგაზრდებისთვის, ან ახალგაზრდებისთვის, რომლებიც დანაშაულებრივ ცხოვრებაში მოხვედრის პირას იყვნენ, მათი სოციალური გარემოებების გამო. *Parents patriae*-ს ცნების გამო, ამ ახალგაზრდების მშობლები არ მონაწილეობდნენ შვილების ამ სახლებში განთავსებაში. ამის მაგალითია *Ex Parte Crouse*-ის საქმე.⁶

1838 წელს, გოგონა, სახელად მერი ან კრუზი, დედის მოთხოვნით გაგზავნეს ფილადელფიის თავმესაფრის სახლში. მამამ მოითხოვა გაეთავისუფლებინათ იგი, ვინაიდან მისი თანხმობის გარეშე მოხდა გაგზავნა. ამასთან, იმ მოტივით, რომ სახელმწიფოს აქვს უფლება გადაიყვანოს ბავშვები მათი სახლიდან თავმესაფარში, მათი საუკეთესო ინტერესიდან გამომდინარე და ზოგჯერ მშობლების წინააღმდეგობის მიუხედავად (*parents patriae*-ს გამო), პენსილვანიის უზენაესმა სასამართლომ უარყო მამის შუამდგომლობა. სასამართლომ განაცხადა, რომ წარუმატებელი მშობლები კარგავენ შვილების აღზრდის უფლებას. მშობლების მეურვეობა და მათი შვილების კონტროლი ბუნებრივია, მაგრამ არ არის აბსოლუტური უფლება. თუ მშობლები ვერ ახერხებენ შვილებზე ზრუნვას, განათლებას, განვრტანას ან მათზე ზედამხედველობას, მაშინ შვილები შეიძლება წაიყვანოს სახელმწიფომ. სახელმწიფო მოქმედებს ბავშვის ინტერესებიდან გამომდინარე.⁷

მეცხრამეტე საუკუნის შუა წლებიდან მოყოლებული, გაფართოვდა სოციალური კეთილდღეობის სისტემები, როგორც სახელმწიფო, ისე კერძო სფეროში, ყურადღება მიიპყრო ბავშვთა კეთილდღეობის საკითხმა. საზოგადოება დაუპირისპირდა არასრულწლოვანთა დანაშაულის მაღალ მაჩვენებელს და რეციდივიზმს. ამგვარი ვითარების წინაშე მყოფ მრავალ ქვეყანას, ევროპის შიგნით და მის ფარგლებს გარეთ, ასევე სურდა შეტაკებოდა ასაკთან დაკავშირებულ ახალ სო-

⁶ Burke A. S., Carter D., Fedorek B., Morey T., Rutz-Burri L., Sanchez Sh., Introduction to the American Criminal Justice System, p. 390-391.

⁷ იქვე.

ციალურ გამოწვევებს და მოეგვარებინა ტრადიციული სასჯელის სისტემასთან დაკავშირებული პრობლემები, განსაკუთრებით ის, რაც ეხებოდა ახალგაზრდა დამნაშავეებს. ამრიგად, მათ განახორციელეს თავის მიდგომებში სამართლებრივი და ინსტიტუციონალური ცვლილებები, რათა წარემართათ ურთიერთობა ახალგაზრდებთან.⁸

არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულების ისტორია აშშ-ში ხშირად ფოკუსირებულია 1899 წელზე (თარიღი, როდესაც ჩიკაგოში დაარსდა პირველი ამერიკული ცალკეული სასამართლო არასრულწლოვანთათვის), კანადის არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულება სათავეს იღებს 1908 წელს მიღებული პირველი სრულყოფილი „დელინქენცობის“ კანონმდებლობიდან ან 1894 წელს დაარსებული პირველი არასრულწლოვანთა სასამართლოდან. სხვა ქვეყნების გამოცდილება მიუთითებს, რომ „ცალკეული“ ახალგაზრდული მართლმსაჯულების სისტემის ფორმალური საწყისები შესაძლოა არ იყოს განსაკუთრებულად მნიშვნელოვანი. არასრულწლოვანთა სასამართლოს ფორმალური შექმნა არაა საჭირო იმისათვის, რომ ქმედითი თვალსაზრისიდან გამომდინარე, ის მივიჩნიოთ ცალკეულ ახალგაზრდულ მართლმსაჯულების სისტემად.⁹

არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულების ცალკე გამოყოფილი სისტემა აშშ-ში უკვე 100 წელზე მეტია არსებობს. იგი თავდაპირველად გამიზნული იყო სოციალური კეთილდღეობის სისტემის ფუნქციონირებისთვის, ორმაგი მიზნებით: დაეცვათ ახალგაზრდა სამართალდამრღვევები ზრდასრული დამნაშავეების მხრიდან დანაშაულის ჩადენაში დაყოლიებისგან და უზრუნველყოთ ახალგაზრდა სამართალდამრღვევი და სტატუსური დამნაშავეები ხელმძღვანელობითა და საჭირო მკურნალობით, რათა გამხდარიყვნენ კანონმორჩილი ზრდასრულები.¹⁰ სასამართლოს მიზანს წარმოადგენდა ბავშვების ხელმძღვანელობა და დახმარება და არა მათი დასჯა.

⁸ Fuchs E., From punishment to education: The international debate on juvenile penal reform before World War I, 2015, p. 113-114.

⁹ Doob A. N., Tonry M., Varieties of Youth Justice, Crime and Justice, Vol. 31, Youth Crime and Youth Justice: Comparative and Cross-National Perspectives, Crime and Justice, The University of Chicago Press Journals, 2004, p. 4.

¹⁰ Junger-Tas J., Decker S. H., International Handbook of Juvenile Justice, 2008, p.3.

არასრულწლოვანთა სასამართლო განიხილებოდა, როგორც კვაზი-სოციალური კეთილდღეობის დაწესებულება, რომელიც დახმარებას უწევდა პრობლემების მქონე ბავშვებს. ვინაიდან არასრულწლოვანთა სასამართლო აღიქმებოდა, როგორც ახალგაზრდების დამხმარე და არა მათი დამსჯელი, ადრეულ ამერიკულ კანონმდებლობაში არ შედიოდა პროცესუალური მოთხოვნები.¹¹

როგორც ზემოთ აღინიშნა, ამერიკის არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულების თვალდაპირველი მოდელის განსაკუთრებული მახასიათებელი იყო „სტატუსური დანაშაულების“ შექმნა. ეს არის ქცევა, რომელიც განისაზღვრება, როგორც კანონის დარღვევა მხოლოდ ბავშვების ან ახალგაზრდების მიერ. აშშ-ში სტატუსური დანაშაულების ზოგადი მაგალითებია: სახლიდან გაქცევა, მშობლების ან მეურვეების კონტროლის გარეთ ყოფნა, კომენდანტის საათის დარღვევა, საპატიო მიზეზის გარეშე სკოლის გაცდენა. ამ ქმედებებს შეიცავდა ამერიკის არასრულწლოვანთა სასამართლოს ადრეული კანონმდებლობა, ვინაიდან მიიჩნეოდა, რომ ეს იყო მომავალი დანაშაულების ნიშნები. ამრიგად, სოციალური კეთილდღეობის მოდელი გულისხმობდა, რომ სამართალდამრღვევ ახალგაზრდას არასრულწლოვანთა სასამართლო ადრეულ ასაკშივე უნდა დახმარებოდა, სანამ ისინი დაადგებოდნენ სრულწლოვნების უფრო სერიოზული სამართალდარღვევების გზას. სკანდინავიური კეთილდღეობის მოდელი ეფუძნებოდა იმავე დოგმატიკას, მაგრამ სტატუსური დანაშაულის გარეშე.¹²

1909 წელს, მოსამართლე ჯულიან მაკმა, ერთ-ერთმა პირველმა მოსამართლემ, რომელიც თავმჯდომარეობდა ერის პირველ არასრულწლოვანთა სასამართლოს კუკის ოლქში, ილინოისში, აღწერა არასრულწლოვანთა სასამართლოს მიზნები: „ბავშვმა, რომელიც უნდა წარედგინოს სასამართლოს, რა თქმა უნდა, უნდა იცოდეს, რომ იგი პირისპირ ხვდება სახელმწიფო ძალას, მაგრამ მას ამავდროულად, და უფრო დამაჯერებლად, მას უნდა გაუჩნდეს იმის განცდა,

¹¹ Jensen E. L., Jepsen J., *Juvenile Law Violators, Human Rights, and the Development of New Juvenile Justice System*, Oxford and Portland, 2006, p. 2.

¹² Jensen E. L., Jepsen J., *Juvenile Law Violators, Human Rights, and the Development of New Juvenile Justice System*, Oxford and Portland, 2006, p. 2.

რომ იგი არის სახელმწიფოს ყურადღებისა და ზრუნვის ობიექტი. ასეთ სხდომებზე, სასამართლო დარბაზის ჩვეული მოკაზმულობა შეუფერებელია. სკამზე მჯდომი მოსამართლე, რომელიც ზემოდან დაჰყურებს ბარიერთან მდგომ ბიჭს, ვერასოდეს გამოიწვევს სათანადო თანაგრძნობის ხასიათს. მაგიდასთან, ბავშვის გვერდით მჯდომი, სადაც მას შეუძლია ხანდახან მკლავი შემოხვიოს მხარზე და მიაპყროს მას ყურადღება, ამით მოსამართლე არათუ არ დაკარგავს მის სამოსამართლეო ღირსებას, არამედ უაღრესად გააუმჯობესებს მისი საქმიანობის ეფექტურობას.¹³

1910 წლისთვის 32-მა შტატმა მიიღო არასრულწლოვნების მართლმსაჯულების შესახებ კანონმდებლობა; 1950 წლისთვის ყველა შტატს ჰქონდა არასრულწლოვანთა ცალკე გამოყოფილი სასამართლო. არასრულწლოვანთა სასამართლოს ეპოქისათვის (1899-1966 წწ) განსაკუთრებით დამახასიათებელი იყო განუსაზღვრელი ვადით სასჯელის შემოღება. განუსაზღვრელი ვადით სასჯელის მიღება ნიშნავდა არასრულწლოვანთა სასამართლოს ან მისი წარმომადგენლების მხრიდან მეთვალყურეობას, სანამ იგი არ „გამოსწორდებოდა“ ან მიაღწევდა სრულწლოვანებას. განუსაზღვრელობა მიიჩნეოდა ბავშვის საუკეთესო ინტერესად, რომ არასრულწლოვანთა სასამართლო ზედამხედველობდა არასრულწლოვანს იმდენი ხნით, რაც აუცილებელი იყო მისი რეაბილიტაციის მიზნების შესრულებისათვის.¹⁴

1905 წელს პენსილვანიის უზენაესმა სასამართლომ საქმეში *Commonwealth v. Fisher*, 213 პენსილვანია 48 (1905), არასრულწლოვანთა ახალ სასამართლოს გადასცა იურიდიული უფლებამოსილება *parens patriae*-ს მიხედვით: „იმისათვის, რომ გადავარჩინოთ ბავშვი დამნაშავედ ჩამოყალიბებას ან დანაშაულებრივი საქმიანობის გაგრძელებას, ... კანონმდებლებმა შეიძლება უზრუნველყონ ასეთი ბავშვის გადარჩენა, თუ მის მშობლებს ან მეურვეებს არ შეეძლებათ ან არ სურთ ამის გაკეთება, ბავშვის სახელმწიფოს ერთ-ერთი სასამართლოსადმი გადაცემით, ყოველგვარი პროცესის გარეშე, სახელმწიფოს

¹³ Mack J., *The Juvenile Court*, Harvard Law Review, vol. 23, 1909, 120. იხ. ABA Division for Public Education, *The History of Juvenile Justice*, Part I, p. 5.

¹⁴ Del Carmen, Rolando V., and Chad R. Trulson, *Juvenile Justice: The System, Process, and the Law*. Belmont, CA: Thomson/Wadsworth, 2006, p. 6-7.

მეურვეობისა და დაცვისათვის დაქვემდებარების მიზნებისთვის.“ ამ საქმეში არასრულწლოვანს შეეფარდა შვიდი წლით თავისუფლების აღკვეთა მსუბუქი დანაშაულისთვის, რომელზეც ზრდასრულთა სასამართლოში გაცილებით ნაკლებ სასჯელს მიიღებდა. სასამართლომ მიიღო გადაწყვეტილება და ჩათვალა, რომ ეს ბავშვის საუკეთესო ინტერესს წარმოადგენდა. საქმის შედეგად, *parens patriae* დაბრუნდა. სასამართლომ დაადგინა, რომ „სახელმწიფოში, რომელიც სასიცოცხლოდ არის დაინტერესებული მისი შვილების ხსნითა და გადარჩენით, სადაც არსებობს მოთხოვნა გადარჩენის, მოვლისა და მშობლების კონტროლის შემცვლელის, დასრულებული სიჯანსაღით, შრომის-მოყვარეობითა და ბედნიერი ცხოვრებით სარგებლობით, მათ შესაძლოა დააკმაყოფილონ კარგი მოქალაქეობის ყველა კრიტერიუმი.“¹⁵

ვინაიდან, ხშირად რთულად ხდება გადასვლა არასრულწლოვნებიდან სრულწლოვანების ასაკში, გასული საუკუნის განმავლობაში და განსაკუთრებით 1960-იანი წლებიდან მოყოლებული, არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულების პოლიტიკა მკვეთრად შეიცვალა, რის შედეგადაც მოხდა რეფორმების სერია, რომლებმაც შეცვალეს სისტემა და უარყვეს პრინციპები, რომლებსაც იგი ემყარებოდა.¹⁶

1967-1979 წლები იწოდება არასრულწლოვანთა უფლებების ერაღ. „არასრულწლოვანთა სასამართლოს კრიტიკოსები ამბობდნენ, რომ სასჯელები არასრულწლოვანთათვის იყო უსამართლო, მიკერძოებული და არაპროპორციული სამართალდარღვევის ბუნებასთან და რომ განუსაზღვრელი ვადით თავისუფლების აღკვეთა იყო მეტისმეტად მკაცრი ბევრი ახალგაზრდისთვის. ამ კრიტიკამ საფუძველი ჩაუყარა რეფორმებს არასრულწლოვანთა სასამართლოში და გამოიწვია საპროცესო უფლებების განვითარება, რომელიც დაიცავდა არასრულწლოვნებს სისტემისგან. არასრულწლოვანთა უფლებების ეპოქის გამოჩენა მოჰყვა საქმეს *In re Gault* (1967). 15 წლის ჯერალდ გოლტი და მისი მეგობარი პოლიციის მიერ დაკავებულ იქნენ საჩივრის საფუძველზე, ვინაიდან ისინი ახორციელებდნენ უხამს სატელეფონო

¹⁵ Burke A. S., Carter D., Fedorek B., Morey T., Rutz-Burri L., Sanchez Sh., Introduction to the American Criminal Justice System, p. 391.

¹⁶ Junger-Tas J., Decker S. H., International Handbook of Juvenile Justice, New York, 2008, p.3.

ზარებს ქალთან. გოლტის მშობლები არ იყვნენ ინფორმირებულნი მისი დაკავების შესახებ, მათ არ იცოდნენ მათი შვილის წინააღმდეგ საჩივრის შესახებ, მომჩივანი არ გამოჩენილა არც ერთ სასამართლო სხდომაზე და არ არსებობდა პროცესის არც ერთი წერილობითი ჩანაწერი. საბოლოოდ გოლტის მიმართ განაჩენი გამოიტანა არასრულწლოვანთა სასამართლომ და იგი გაიგზავნა 6 წლით არიზონას შტატის ინდუსტრიულ სკოლაში. სრულწლოვნის მიერ იმავე დანაშაულის ჩადენისთვის სასჯელი იქნებოდა ჯარიმა 5-დან 50 დოლარამდე და თავისუფლების აღკვეთა 2 თვემდე ვადით. აშშ-ს უზენაესმა სასამართლომ გოლტის საქმეზე დაადგინა, რომ არასრულწლოვნებს უნდა მიეცეთ გარკვეული საპროცესო უფლებები საქმის განხილვის პროცესში, რომელსაც შეიძლება შედეგად მოჰყვეს თავისუფლების აღკვეთა არასრულწლოვანთა დანესებულებაში, სადაც მათი თავისუფლება შეიზღუდებოდა. ეს უფლებები უზრუნველყოფდა, რომ არასრულწლოვანთათვის თავისუფლების ჩამორთმევის პროცესი იქნებოდა „ფუნდამენტურად სამართლიანი.“ ეს საკონსტიტუციო გარანტიები მოიცავს ბრალდების შესახებ არასრულწლოვნის შეტყობინებას, ადვოკატის ყოლის უფლებას, მონმეთა პირისპირ და ჯვარედინი დაკითხვის უფლებას, დუმილის უფლებას, უფლებას, არ დაიბრალოს დანაშაული. 1967 წლამდე, ბევრი ახალგაზრდა განთავსდა დახურული ტიპის დანესებულებაში ამ გარანტიებით სარგებლობის გარეშე.¹⁷

ერთი წლით ადრე სასამართლომ მკაცრად გააკრიტიკა არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულების პროცესი: „ეს არის მტკიცებულება ... რომ ბავშვი იღებს ყველაზე უარესს ორივე სამყაროდან; რომ იგი ვერ იღებს ვერც სრულწლოვნის გარანტიებს, ვერც ადვოკატის დახმარებას და აღდგენით მოპყრობას, რომელიც პოსტულატადაა მიჩნეული ბავშვებისთვის.“ არასრულწლოვნები იღებენ იმავე სასჯელს, რასაც სრულწლოვნები მსგავსი ან ნაკლებად მძიმე დანაშაულებისთვის (ან უარესს), იურიდიული დახმარების გარეშე, რითაც სრულწლოვნები სარგებლობენ.¹⁸

¹⁷ Del Carmen, Rolando V., and Chad R. Trulson, *Juvenile Justice: The System, Process, and the Law*. Belmont, CA: Thomson/Wadsworth, 2006, p. 7.

¹⁸ იქვე, გვ. 8.

გოლტის საქმე არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულებაში უმნიშვნელოვანესია, ვინაიდან აშშ-ს უზენაესმა სასამართლომ აღიარა, რომ არასრულწლოვანთა სასამართლოები ბავშვის საუკეთესო ინტერესისთვის საჭიროებისამებრ არ მოქმედებდნენ.

1.2. არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულება ევროპაში

რაც შეეხება ევროპაში არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულების სისტემების ჩამოყალიბებას, „არასრულწლოვანთა კანონმდებლობის შესახებ იდეების საერთაშორისო ცირკულაციაში ბელგია და საფრანგეთი იყო მთავარი წინამორბედი.“¹⁹

1908 წელს, ფრანკფურტი გახდა პირველი გერმანული ქალაქი, რომელმაც დააფუძნა სპეციალური სასამართლო განყოფილება არასრულწლოვან მსჯავრდებულთათვის.²⁰ პირველი კონფერენცია არასრულწლოვანთა სასამართლოების შესახებ კი ჩატარდა ბერლინში 1909 წელს.²¹

მიუხედავად იმისა, რომ კანონები და პოლიტიკა განსხვავდება ქვეყნების მიხედვით, ევროპის არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულების სისტემა ორ დიდ კატეგორიად იყოფა. პირველი ცნობილია, როგორც მოქნილი მოდელი. მართალია, ბავშვის უფლებათა შესახებ კონვენციის გაეროს კომიტეტი გამოთქვამს მოსაზრებას, რომ 18 წლის ასაკამდე ახალგაზრდებისთვის აუცილებელია შეიქმნას არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულების სპეციალური სისტემა. თუმცა, ევროპის რამდენიმე ქვეყანას აქვს კანონები ან პოლიტიკა, რომელიც ითვალისწინებს არასრულწლოვან ბრალდებულთა გადაყვანას ზრდასრულთა სისხლის სამართლის მართლმსაჯულების სისტემაში, რომელიც ცნობილია როგორც მოქნილი მოდელი (როგორც ეს ბელგიასა და ნიდერლანდებშია). თუმცა, ევროპაში არასრულწლოვან ბრალდ-

¹⁹ Fuchs E., From punishment to education: The international debate on juvenile penal reform before World War I, 2015, p. 122.

²⁰ Albrecht H., Youth Justice in Germany, Crime and Justice, Vol. 31, Youth Crime and Youth Justice: Comparative and Cross-National Perspectives (2004), p. 447.

²¹ Fuchs E., From punishment to education: The international debate on juvenile penal reform before World War I, 2015, p. 120.

ბულთა გადაყვანა ზრდასრულთა სისტემაში გაცილებით იშვიათია, ვიდრე შეერთებულ შტატებში.²²

მეორე ცნობილია, როგორც მკაცრი მოდელი. ამ ტიპის მოდელში, ევროპული ქვეყნები ახალგაზრდული მართლმსაჯულების სისტემის ზედა ასაკობრივ ზღვარს განსაზღვრავენ და გამორიცხავენ ბავშვისა და ახალგაზრდის სრულწლოვანთა სისტემაში სისხლისსამართლებრივ დევნას ამ ასაკობრივ ზღვარამდე, ნებისმიერ შემთხვევაში (როგორც ესაა გერმანიაში, საბერძნეთში, იტალიაში, ესპანეთსა და შვეიცარიაში). ყველაზე მკაცრი მოდელის ქვეყნებში, ეს იმას გულისხმობს, რომ ახალგაზრდული მართლმსაჯულების სისტემებს აქვთ უფრო ხანგრძლივი მაქსიმუმი თავისუფლების აღკვეთის სასჯელებისა, შედარებით მოქნილი მოდელის ქვეყნების უფრო ზომიერ არასრულწლოვანთა სასჯელებთან. თუმცა, მკაცრი მოდელის ქვეყნებში, სასამართლო პროცესი და სასჯელის აღსრულება რჩება ახალგაზრდული მართლმსაჯულების ორგანოების პასუხისმგებლობად.²³

ევროპაში არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულების შემდეგი მოდელები არსებობს: მინიმალური ინტერვენციის მოდელი (განრიდებისა და საზოგადოებრივი სანქციების პრიორიტეტულობა), აღდგენითი მართლმსაჯულების მოდელი (აღდგენითი/გამოსასწორებელი მოქმედებების პრიორიტეტულობა), “ნეო-კორექციონალისტური მოდელი“, რომელიც განსაკუთრებით დამახასიათებელია თანამედროვე ტენდენციებისა და მოვლენების ინგლისსა და უელსში. ინგლისსა და უელსში და გარკვეულწილად სხვაგან, პასუხისმგებლობის კონცეფცია ახალგაზრდული მართლმსაჯულების მთავარ კატეგორიად იქცა. პასუხისმგებლობა არ შემოიფარგლება ახალგაზრდა დამნაშავეებით, არამედ უფრო და უფრო ხშირად მშობლები იღებენ სისხლისსამართლებრივ პასუხისმგებლობას შვილების ქცევაზე. მშობლების მეტ

²² Matthews S., Schiraldi V. & Chester L., Youth Justice in Europe: Experience of Germany, the Netherlands, and Croatia in Providing Developmentally Appropriate Responses to Emerging Adults in the Criminal Justice System, Justice Evaluation Journal, 2018, p. 5-6. <https://doi.org/10.1080/24751979.2018.1478443>.

²³ Dünkel F., Juvenile Justice Systems in Europe – Reform developments between justice, welfare and ‘new punitiveness’, 2014, p. 32.

პასუხისმგებლობას შეიძლება პოზიტიური გავლენა ჰქონდეს. არსებობს ემპირიული მტკიცებულებები, რომ მშობლების დატრენინგებას, ბავშვთა მხარდაჭერასთან ერთად ადრეულ ეტაპზე, აქვს პოზიტიური პრევენციული ეფექტები. ამასთან, არ არის აუცილებელი მშობლების კრიმინალიზაცია. იდეალურ შემთხვევაში, მშობელთა დატრენინგება შეთავაზებული უნდა იყოს სოციალური სააგენტოების მიერ (როგორც ეს არის გერმანიასა და სკანდინავიის ქვეყნებში) და არ უნდა იქნას გამოყენებული სისხლისსამართლებრივი სანქციები. საკუთარი ქმედებებისათვის ახალგაზრდა დამნაშავეების პასუხისმგებლობის დადებით ასპექტს წარმოადგენს ის, რომ იგი ხელს უწყობს მსხვერპლისა და დამნაშავის შერიგების გაფართოებას, მედიაციას და ანაზღაურებას.²⁴

ერთი გაუმჯობესება, რომელიც, როგორც ჩანს, საერთოა ცენტრალური, აღმოსავლეთ და დასავლეთ ევროპის ქვეყნებისათვის, არის აღდგენითი მართლმსაჯულების პოლიტიკის ელემენტების გამოყენება ახალგაზრდა სამართალდამრღვევებისთვის. მსხვერპლისა და დამნაშავის შერიგება, მედიაცია ან სანქციები, რომლებიც მოითხოვენ ანაზღაურებას ან ბოდიშის მოხდას მსხვერპლისათვის, განსაკუთრებულ როლს თამაშობს ბოლო 15 წლის საკანონმდებლო რეფორმებში. საპილოტე მედიაციის პროექტები ჩამოყალიბდა 90-იან წლებში ცენტრალურ და აღმოსავლეთ ევროპის ქვეყნებში, როგორებიცაა სლოვენია (1997 წლიდან) და ჩეხეთი. ისინი უპირატესად დაკავშირებული არიან არაფორმალურ განხილვასთან (განრიდება).²⁵

ზოგიერთ ქვეყანაში კანონმდებლობა ითვალისწინებს აღდგენითი მართლმსაჯულების ელემენტებს, რომლებიც გამოიყენება როგორც დამოუკიდებელი სანქციები ახალგაზრდული სასამართლოების მიერ. მაგალითად, ინგლისსა და უელსში ეს ხდება ანაზღაურებისა და რესტიტუციის ბრძანებების საშუალებით, ხოლო გერმანიაში ე.წ. *Wiedergutmachungsaufgabe*-ის მეშვეობით, რომელიც არის მსხვერპლისა და დამნაშავის შერიგება, როგორც საგანმანათლებლო დირექტივა

²⁴ იქვე, გვ. 34.

²⁵ Dünkel F., *Juvenile Justice Systems in Europe – Reform developments between justice, welfare and ‘new punitiveness’*, 2014, p. 38.

(იხ. არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულების შესახებ კანონის §§10 და 15). საოჯახო ჯგუფური კონფერენციები, რომლებიც თავდაპირველად შემოღებული და გამოყენებული იქნა ახალ ზელანდიაში, 2007 წლის კანონის რეფორმის ნაწილია ბელგიაში. ეს კონფერენციები არის მედიაციის ის ფორმები, რომლებიც ითვალისწინებენ და ცდილობენ გააქტიურონ დამნაშავისა და დაზარალებულის სოციალური ოჯახის ქსელები. ბელგიის რეფორმირების პროექტის დაწყებამდე, ჩრდილოეთ ირლანდიაში ახალგაზრდული მართლმსაჯულების რეფორმამ წარადგინა ახალგაზრდული კონფერენციები, რომლებიც 2003 წლიდან მოქმედებენ, როგორც საპილოტე პროექტები. ამასთან, ჩრდილოეთ ირლანდიის რეფორმა ითვალისწინებს დებულებებს ანაზღაურების განკარგულებების შესახებ: იდეა, რომელიც შემოღებული იქნა ინგლისსა და უელსში 1998 წელს.²⁶

არასრულწლოვანთა აღდგენითი მართლმსაჯულების ევროპული მოდელი ასახავს აღდგენითი მართლმსაჯულების მიდგომების უპირატესობებს ბავშვთა დანაშაულებისადმი. ამ მოდელის შემუშავება ემყარება მთელს ევროპაში აღდგენითი მართლმსაჯულების მიმდინარე პრაქტიკის ყოვლისმომცველ მიმოხილვას. მოდელი დიდ ყურადღებას აქცევს როგორც ბავშვთა უფლებებს, მათ შორის ბავშვის საუკეთესო ინტერესს, ასევე დაზარალებულთა უფლებებს. უფრო მეტიც, მასზე გავლენა მოახდინა მედიაციისა და სოციალური პედაგოგიკის მდიდარმა ისტორიამ ევროპაში.²⁷

რომ შევაჯამოთ, ბოლო 20 წლის განმავლობაში, ევროპაში ახალგაზრდულმა მართლმსაჯულების სისტემებმა მნიშვნელოვანი ცვლილებები განიცადეს, განსაკუთრებით აღმოსავლეთ ევროპისა და ცენტრალურმა ყოფილმა სოციალისტურმა ქვეყნებმა. თუმცა, განსხვავებული და ზოგჯერ წინააღმდეგობრივი ახალგაზრდული მართლმსაჯულების პოლიტიკა თავს იჩენს დასავლეთ ევროპაში. ეგრეთ წოდებული ნეოლიბერალიური ტენდენციების აღმოჩენა შესაძლებელია განსაკუთრებით ინგლისსა და უელსში, ასევე საფრანგეთსა და ნიდ-

²⁶ იქვე.

²⁷ Päröşanu A., Horsfield P., Dünkel F., European research on restorative juvenile justice, Research and Selection of the Most Effective Juvenile Restorative Justice Practices in Europe: Snapshots from 28 EU Member States, Volume 1, 2015, p. 1.

ერლანდებში. სხვა ქვეყნებში, მაგალითად, გერმანიასა და შვეიცარიაში, შენარჩუნებულია მინიმალური ჩარევის ზომიერი სისტემა, სადაც პრიორიტეტულია განრიდება და საგანმანათლებლო ღონისძიებები. ბევრ ქვეყანაში ხორციელდება აღდგენითი მართლმსაჯულების ელემენტები.²⁸

დანია, მსგავსად ნორვეგიისა და შვედეთისა, დიდი ხანია ცნობილია მოწინავე სოციალური პროგრამებით. თუმცა, დღეის მდგომარეობით, ევროპის ბევრი სხვა ქვეყანა დაენია სკანდინავიის ქვეყნებს.²⁹

2. საერთაშორისო აქტივი არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულების შესახებ

მე-20 საუკუნის დასაწყისში განვითარება დაიწყო ბავშვის უფლებების შესახებ საერთაშორისო სამართალმა. ეს განვითარება მოხდა ადამიანის უფლებათა საერთაშორისო სამართალთან ერთად ტანდემში.³⁰ მას შემდეგ მრავალი საერთაშორისო აქტი და ხელშეკრულება იქნა მიღებული, რომელიც ბავშვთა უფლებებს შეეხება. ესენია: ერთა ლიგის ბავშვთა უფლებების დეკლარაცია (ჟენევის დეკლარაცია, 1924 წელი), გაეროს საერთაშორისო პაქტი სამოქალაქო და პოლიტიკური უფლებების შესახებ (1966 წელი), გაეროს სტანდარტული მინიმალური წესები არასრულწლოვანთა სისხლის სამართლის ადმინისტრირების შესახებ („პეკინის წესები“, 1985 წელი), გაეროს ბავშვთა უფლებების კონვენცია (1989 წელი), გაეროს წესები თავისუფლებადაკვეთილ არასრულწლოვანთა დასაცავად („ჰავანის წესები“, 1990 წელი) და სხვ.

ეს საერთაშორისო სტანდარტები განაგრძობენ მიმართულებას განრიდების, მინიმალური ინტერვენციის, განათლების, აღდგენითი

²⁸ Päröşanu A., Horsfield P., Dünkel F., European research on restorative juvenile justice, Research and Selection of the Most Effective Juvenile Restorative Justice Practices in Europe: Snapshots from 28 EU Member States, Volume 1, 2015, p. 1.

²⁹ Kyvsgaard B., Youth Justice in Denmark, Crime and Justice, Vol. 31, Youth Crime and Youth Justice: Comparative and Cross-National Perspectives, 2004, p. 350.

³⁰ Rap S., The Participation of Juvenile Defendants in the Youth Court A Comparative Study of Juvenile Justice Procedures in Europe, p. 38.

მართლმსაჯულების და სხვა კონსტრუქციული ზომების მიმართ იმ ახალგაზრდებისთვისაც კი, რომლებიც ბრალდებულნი არიან ყველაზე მძიმე სისხლის სამართლის დანაშაულისთვის. ამავდროულად, ევროპის უმეტესმა ქვეყანამ განიცადა არასრულწლოვანთა დელიქტენტურობის შემცირება, ისევე როგორც არასრულწლოვანთა პატიმრობის მაჩვენებლის შემცირება.³¹

ბავშვთა უფლებებისთვის ყველაზე მნიშვნელოვანი სტანდარტი არის ბავშვთა უფლებების შესახებ კონვენცია (CRC). CRC გაეროს მიერ მიღებულ იქნა 1989 წელს და იგი იძლევა ბავშვთა უფლებების შესახებ სრულყოფილ ანგარიშს როგორც სამოქალაქო, ისე პოლიტიკური, და ეკონომიკური და სოციალური უფლებების შესახებ. ახალგაზრდულ მართლმსაჯულებასთან მიმართებით, ბავშვს ეძლევა იგივე ძირითადი უფლებები, როგორც ზრდასრულ ადამიანს იმავე სიტუაციაში. ეს მოიცავს უდანაშაულობის პრეზუმფციას, უკუძალის აკრძალვას და იურიდიული დახმარების უფლებას (მუხლი 40, CRC). მისი სტატუსის საფუძველზე ბავშვს ასევე აქვს გარკვეული დამატებითი უფლებები. CRC მოითხოვს, რომ ბავშვის საუკეთესო ინტერესები უპირველესად უნდა განიხილებოდეს ყველა საკითხზე, რომელიც გავლენას ახდენს ბავშვზე (მუხლი 3, CRC). ბავშვის უფლებების კომიტეტის მიერ 2007 წელს გამოქვეყნებული ზოგადი კომენტარი ითვალისწინებს სპეციფიკური მითითებებს ბავშვის უფლებების შესახებ ახალგაზრდული მართლმსაჯულების სისტემაში. ზოგადი კომენტარი იმეორებს CRC-ის ძირითადი პრინციპების მნიშვნელობას, როგორიცაა დისკრიმინაციის აკრძალვა, ბავშვის საუკეთესო ინტერესები და ბავშვის უფლება იყოს მოსმენილი.³²

კონვენციას დღემდე ხელი მოაწერა და რატიფიცირება მოახდინა 195 ქვეყანამ, მაშინ როცა აშშ-მ და სომალიმ დაიწყეს ეს პროცესი, მაგრამ ჯერ კიდევ არ აქვთ დასრულებული. ეს კონვენცია, რომელიც მათ შორისაა რომელთაც ყველაზე მეტი რატიფიცირება აქვთ, არის

³¹ Matthews S., Schiraldi V. & Chester L., Youth Justice in Europe: Experience of Germany, the Netherlands, and Croatia in Providing Developmentally Appropriate Responses to Emerging Adults in the Criminal Justice System, Justice Evaluation Journal, 2018, p. 6. <https://doi.org/10.1080/24751979.2018.1478443>

³² Lynch N., Youth Justice in New Zealand: A Children's Rights Perspective, 2008, p. 216.

შედეგი გრძელვადიანი და მუდმივი საერთაშორისო ძალისხმევისა, იმისათვის რათა გაუმჯობესდეს სოციალური, ეკონომიკური, ჯანმრთელობის და სამართლებრივი მდგომარეობა და ბავშვების კეთილდღეობა მსოფლიოს გარშემო. ეს ძალისხმევა თარიღდება 1924 წლით, როდესაც ერთა ლიგამ მიიღო ბავშვთა უფლებების დეკლარაცია, საყოველთაოდ ცნობილი როგორც უენევის დეკლარაცია. ამასთან, მრავალი პოლიტიკოსი, მეცნიერები, სხვა პირები და ორგანიზაციები, რომლებიც ბავშვთა უფლებებითა და კეთილდღეობებით არიან დაინტერესებულნი, მიიჩნევენ, რომ ეს არასაკმარისია და მხარს უჭერდნენ ამ საკითხზე ცალკეული საერთაშორისო სავალდებულო დოკუმენტის მიღებას. ეს არ მომხდარა 1989 წლამდე, როდესაც გაეროს ბავშვთა უფლებების კონვენცია იქნა მიღებული, იმავდროულად (1959 წლის ნოემბერში) გაეროს გენერალურმა ასამბლეამ მიიღო ბავშვთა უფლებების მეორე დეკლარაცია. მიუხედავად იმისა, რომ მრავალი ქვეყნის მთავრობებმა გააცნობიერეს, რომ ბავშვების პოზიციის გასაუმჯობესებლად საჭიროა გარკვეული ზომები და ნაბიჯები გადაიდგას და ამ მიზნით ხელი მოაწერეს კონვენციას და მოახდინეს მისი რატიფიცირება, ეს ავტომატურად არ ნიშნავს, რომ ბავშვების მდგომარეობა მსოფლიოში ნამდვილად მნიშვნელოვნად და თანაბრად გაუმჯობესდება. ... კონვენციის მიზნების განხორციელება და რეალიზაცია არის პროცესი, რომელიც მოითხოვს დროს, რესურსებს, ძალისხმევას და უპირველეს ყოვლისა, მათი მიღწევის სურვილს. ხელმონერა და რატიფიკაცია არასოდეს იქნება საკმარისი.³³

არსებობს არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულების ოთხი ძირითადი დამატებითი დოკუმენტი: გაეროს სახელმძღვანელო პრინციპები არასრულწლოვანთა შორის დანაშაულის პრევენციის შესახებ (“რიადის პრინციპები”); გაეროს სტანდარტული მინიმალური წესები არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულების ადმინისტრირების შესახებ (“პეკინის წესები”); გაეროს წესები თავისუფლებააღკვეთილი არასრულწლოვანების დასაცავად (“ჰავანის წესები”); და სახელმძღვანელო პრინციპები სისხლის სამართლის სისტემაში ბავშვებთან

³³ O.C. Jančić, *The Rights of the Child in a Changing World (25 Years after The UN Convention on the Rights of the Child)*, Vol. 13, 2016, p. 2-3.

დაკავშირებით მოქმედების შესახებ (“ვენის პრინციპები“). ამ ოთხი დოკუმენტის სტატუსი განსხვავდება ბავშვის უფლებათა კონვენციის სტატუსისაგან. ეს დოკუმენტები არ არის საერთაშორისო ხელშეკრულებები, რომელთა რატიფიცირებასაც ახდენენ სახელმწიფოები, რითაც თანხმდებიან, იკისრონ ვალდებულებები. აღნიშნული ოთხი დოკუმენტი უფრო საერთაშორისო მასშტაბით აღიარებული მინიმალური სტანდარტებია, რომლებიც უნდა გაითვალისწინონ სახელმწიფოებმა საკუთარი არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულების სისტემების შეცვლის თუ ახალი კანონმდებლობის შემუშავების პროცესში. ისეთი პოლიტიკის და კანონმდებლობის შემუშავება, რომლებიც ითვალისწინებს მინიმალურ სტანდარტებს, ხელს შეუწყობს სახელმწიფოებს, შეასრულონ ბავშვის უფლებათა კონვენციით მათზე დაკისრებული ვალდებულებები.³⁴

ბავშვის უფლებების ხელშეწყობა და დაცვა წარმოადგენს ევროკავშირის ერთ-ერთ მიზანს, რის შესახებაც ლისაბონის ხელშეკრულებაშია ხაზგასმული. აღსანიშნავია, რომ დღეს ევროკავშირის ხელშეკრულების მე-3 (3) მუხლი მოითხოვს ევროკავშირის წევრი სახელმწიფოებისგან ბავშვის უფლებების დაცვას. ბავშვის უფლებები უფრო მეტად გათვალისწინებულია ევროკავშირის ფუნდამენტურ უფლებათა ქარტილაში.³⁵ ამასთან ბოლო დროს მიღებული აქტებიდან აღსანიშნავია 2016 წელს მიღებული ევროკავშირის დირექტივა, რომელიც შეეხება იმ ბავშვების პროცესუალურ გარანტიებს, რომლებიც ეჭვმიტანილნი ან ბრალდებულნი არიან სისხლის სამართლის პროცესში.³⁶

³⁴ ჰამილტონი ქ., არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულების საკანონმდებლო რეფორმის სახელმძღვანელო მითითებები, თბ. 2013, გვ. 18.

³⁵ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, An EU Agenda for the Rights of the Child, 2011, p. 3.

³⁶ The European Parliament and the Council of the European Union, Procedural safeguards for children who are suspects or accused persons in criminal proceedings, Directive (EU) 2016/800.

დასკვნა

დასკვნის სახით უნდა აღინიშნოს, რომ როგორც აშშ-სა და ევროპის არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულების ისტორიული ექსპერსიდან იკვებება, „არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულების სისტემა კანონების, პროგრამების, დისციპლინების და სისტემების მუდმივად განვითარებადი, იდეოლოგიურად მრავალფეროვანი და რთული ქსელია. მისი გენეზისი - მართლაც, მთელი მისი ისტორია - უკეთესად შეიძლება გაგებული იქნას, როგორც ზრდასრულთა სისხლის სამართლის სისტემის რეფორმა და შემდგომი რეფორმების სერია, რომელიც ცდილობს მისი ძალისხმევის ფოკუსირებას და გაუმჯობესებას. ამის საპირისპიროდ, მას ასევე გააჩნია პერიოდული სადამსჯელო ცვლილებების ისტორია, რომელიც გამიზნულია გამკაცრებისა და ახალგაზრდების პასუხისმგებლობის გასაძლიერებლად. მისი ძირითადი მისიაა, თანადროულად, როგორც საზოგადოების დაცვა, ისე სარეაბილიტაციო გარემოს უზრუნველყოფა, რომელშიც ახალგაზრდებს აქვთ საუკეთესო შანსი შეცვალონ მათი ცხოვრების ტრაექტორია.“³⁷

აღსანიშნავი და მისასალმებელია, რომ სწორედ ამ მიმართულებით ვითარდება არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულება საქართველოშიც. არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულების სისხლის სამართლიდან ცალკე გამოყოფის საკითხი აქტუალური საქართველოს საკანონმდებლო სივრცეში მას შემდეგ გახდა, რაც ევროკავშირთან ასოცირების ხელშეკრულების დღის წესრიგით განისაზღვრა არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულების კანონმდებლობის დახვეწა და მისი მისადაგება საერთაშორისო სტანდარტებთან. არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულების კოდექსის³⁸ მიღებამდე, მართალია, არსებობდა სპეციალური დებულებები სისხლის სამართლის მატერიალურ და საპროცესო კოდექსებში, თუმცა საერთაშორისო სტანდარტები ბევრად მაღალი იყო. გაეროს „ბავშვის უფლებათა კონვენციის“ განხორციელების შესახებ 2003 წელს საქართველოს მიერ წარდგენილი

³⁷ Fox S. J. , Juvenile justice reform: A historical perspective. Stanford Law Review, 22 (6), 1970. Nissen L. B., The Road Ahead: Progressive Possibilities and Challenges for Juvenile Justice Reform, Juvenile Justice Sourcebook (Second Edition), Oxford, 2014, p. 608.

³⁸ საქართველოს არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულების კოდექსი, 12/06/2015.

მეორე პერიოდული ანგარიშის შემდეგ გაეროს ბავშვის უფლებათა დაცვის კომიტეტმა (CRC) მთელი რიგი რეკომენდაციები მისცა საქართველოს მთავრობას არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულების სისტემის რეფორმირებასთან დაკავშირებით. რეკომენდაციებში აღნიშნული იყო, რომ საქართველოში არსებული არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულების სისტემა ვერ ახორციელებს გაეროს „ბავშვის უფლებათა კონვენციის“ დებულებებს, არ შეესაბამება გაეროს „მინიმალურ სტანდარტებსა და ნორმებს“ არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულების სფეროში და არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულების აღიარებული პრაქტიკის თანამედროვე ცნებებს.³⁹ სწორად მასთან შესაბამისობაში მოსაყვანად იქნა მიღებული ერთიანი სპეციალური საკანონმდებლო აქტი არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულების კოდექსის სახით, რომელიც მეტად უზრუნველყოფს კანონთან კონფლიქტში მყოფი პირების უფლებების დაცვას. ვინაიდან, კოდექსი ახალი მიღებულია, ცხადია პრაქტიკაში კვლავაც გამოიკვეთება პრობლემური საკითხები. თუმცა, ის, რომ ჩვენი ქვეყანა შეუერთდა იმ სახელწიფოთა რიგს, რომელთაც ლიბერალური მიდგომა არჩიეს არასრულწლოვნებთან მიმართებით, წინ გადადგმულ ნაბიჯად უნდა ჩაითვალოს.

ყოველივე ზემოაღნიშნულიდან გამომდინარე ნათელია, რომ მიუხედავად იმისა, რომ არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულების მოდელები მრავალფეროვანია და სახელმწიფოებს აქვთ სხვადასხვა მიდგომები, კონსენსუსი მიღწეულია იმ უმნიშვნელოვანეს საკითხზე, რომ არასრულწლოვნები იმსახურებენ სრულწლოვანებისაგან განსხვავებულ მოპყრობას, სპეციალურ კანონმდებლობასა და შესაბამისი პოლიტიკის შემუშავებას.

³⁹ კავთუაშვილი, ე., არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულების კოდექსი — დასჯის თუ აღზრდის სამართალი?! ჟ. „სამართალი და მსოფლიო“, №4, 2016, გვ. 202.

ია სახუბია

ივ. ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის დოქტორანტი

ფსიქიკური დარღვევის სიმულაციაში სასამართლო ფსიქიატრიაში

თანამედროვე სასამართლო ფსიქიატრიაში ფსიქიკური დარღვევების სიმულირებასთან დაკავშირებული საკითხები მეტად აქტუალურ თემად რჩება. დღეს პრაქტიკაში ყველაზე უმნიშვნელო ეჭვის გაჩენისას სისხლისსამართლებრივი პროცესის მონაწილე მხარეები (უმეტესად დაცვის მხარე), დაუყოვნებლივ მიმართავენ პირის ფსიქიკური მდგომარეობის საექსპერტო გამოკვლევის მიზნით საექსპერტო დაწესებულებებს. საკითხი მეტად სენსიტიურია, რადგან ბრალდებულის შერაცხადობაზეა დამოკიდებული მისი წარდგენა მართლმსაჯულების წინაშე. სახელმწიფოს სისხლისსამართლებრივი პოლიტიკა განსაკუთრებული სიფრთხილითა და სიზუსტით მოითხოვს აღნიშნული საქმიანობის განხორციელებას. სწორედ ამიტომაც შექმნილი სახელმწიფო უწყებაში (სსიპ ლ. სამხარაულის სახელობის სასამართლო ექსპერტიზის ეროვნული ბიურო)¹ მოქმედი ფსიქიკური საექსპერტო კვლევის სამსახური. მართალია, სასამართლოს წინაშე მხარეებს შეუძლიათ წარადგინონ ალტერნატიული საექსპერტო (დამოუკიდებელი საექსპერტო კომისიის) დასკვნები,² რომლებიც თავისი მნიშვნელობით, გათანაბრებულნი არიან სახელმწიფო ექსპერტიზის მიერ მიღებულ დასკვნებთან, თუმცა საბოლოო სიტყვა სასამართლოს ეკუთვნის, თუ რომელ საექსპერტო დასკვნას მიიჩნევს ის უტყუარად და სანდოდ. მხოლოდ სასამართლო წყვეტს, რომელ საექსპერტო დასკვნას უცხადებს ნდობას და იზიარებს საქმეზე თან-

¹ იხ. საჯარო სამართლის იურიდიული პირის — ლევან სამხარაულის სახელობის სასამართლო ექსპერტიზის ეროვნული ბიუროს შექმნის შესახებ საქართველოს კანონი, მუხლი 1, 2.

² საქართველოს სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის კომენტარი, ავტორთა ჯგუფი, თბ. 2015, გვ. 449.

დართულ მტკიცებულებებთან ერთად, რომელ საექსპერტო დასკვნას ეყრდნობა გამამტყუნებელ განაჩენში და რით ასაბუთებს თავის შეხედულებას, ანდა გამოაქვს გადანყვეტილება ბრალდებულის ბრალისა და სასჯელისაგან გათავისუფლების შესახებ.

პრაქტიკაში არცთუ ისე იშვიათად ვხვდებით ფსიქიკური დაავადებების სიმულაციების შემთხვევებს, რათა ბრალდებულმა პირებმა თავი აარიდონ მოსალოდნელ სისხლისსამართლებრივ პასუხისმგებლობას. ამიტომ ისინი ხშირად მიმართავენ ფსიქიკური პათოლოგიების სიმულაციას (განმარტებას იხილავთ ნაშრომის ტექსტში), რომლის გამოაშკარავებაც ფსიქიატრიული ექსპერტიზის უპირველესი მოვალეობაა. ზოგჯერ მეტად რთულია ზღვარი გაველოს ფსიქიკური სიმულაციით დაინტერესებულ პირებსა და ჭეშმარიტ ფსიქიკურად დაავადებულთა შორის. ფსიქიკურ პათოლოგიათა კვლევა ინსტრუმენტული მეთოდებით არ ხორცილდება და საექსპერტო დასკვნების სისწორე მთლიანად დამოკიდებულია ექიმ-ფსიქიატრთა პროფესიულ უნარებსა და გამოცდილებაზე, თუმცა, მხოლოდ ობიექტური და მალალკვალიფიციური ექსპერტიზის მიერ მიღებული დასკვნა როდი კმარა პირის შეურაცხადად ცნობისთვის. აღნიშნული საექსპერტო დასკვნა პირის ფსიქიკური მდგომარეობის შესახებ შეიცავს მხოლოდ სამედიცინო შეფასებას, დიაგნოზს, ინფორმაციას გამოსაკვლევი პირის შესახებ, რომელშიც საუბარი არაა მის შეურაცხადად ან შეურაცხადად ცნობაზე. „შეურაცხადობა“ იურიდიული ტერმინია³ და მისი დადგენა მხოლოდ სასამართლოს პრეროგატივაა. თავისთავად, ვიდრე სასამართლო შეურაცხადად ცნობის ფაქტს არ დაადასტურებს, პირი შეურაცხადად ითვლება. აქ ერთგვარი პარალელის გავლება შეიძლება უდანაშაულობის პრეზუმფციის პრინციპთან,⁴ თუმცა, ამავე დროს, თავს იჩენს მსგავსებაც კანონის მოქმედების უკუძალასთანაც.⁵ სასამართლოს განჩინება პირის შეურაცხადად ცნობის შესახებ შეიძლება გავრცელდეს არა მხოლოდ მისი დადგენისას, არამედ მანამდეც, ანუ

³ ი.ხ., სასამართლო ფსიქიატრია (ნარკვევები), ავტორთა ჯგუფი, თბ. 2006, გვ. 37.

⁴ საქართველოს სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის კომენტარი, ავტორთა ჯგუფი, თბ. 2015, გვ. 49.

⁵ გ. ნაჭყებია, ნიგნში: სისხლის სამართლის ზოგადი ნაწილი, სახელმძღვანელო, რედ. გ. ნაჭყებია, ი. დვალაძე, თბ. 2007, გვ. 83.

დანაშაულებრივი ქმედების ჩადენის მომენტზეც, რაც იმას ნიშნავს, რომ ფსიქიკურად შეურაცხადი პირი აღარ წარსდგება მართლმსაჯულების წინაშე, არამედ გადაეცემა შესაბამის სამკურნალო დაწესებულებას იძულებითი მკურნალობისათვის, სადაც მკურნალობასთან ერთად, მასზე ზედამხედველობა განხორციელდება და დროდადრო გადამონმდება მისი ფიქიკური ჯანმრთელობის მდგომარეობა.

პირის შეურაცხადად ცნობის საკითხი დიდ პასუხისმგებლობას აკისრებს სასამართლოს. ერთი მხრივ, სასამართლომ უნდა გამოამკარავოს დამნაშავე, რომელიც სიმულირებს ფსიქიკურ დაავადებას, რათა თავი აარიდოს სისხლისსამართლებრივ პასუხისმგებლობას. მეორე მხრივ კი, სასამართლომ დიდი სიფრთხილე უნდა გამოიჩინოს, რათა ჭეშმარიტი ფსიქიკურად დაავადებული პირი სიმულაციით დაინტერესებულ პირად არ მიჩნის და რეალურად სულით ავადმყოფ განსასჯელის სკამზე არ აღმოჩნდეს. ამგვარად, სასამართლოს წინაშე დგას უმნიშვნელოვანესი ამოცანა: სწორად განასხვავოს ფსიქიკური სიმულაციით დაინტერესებული პირი, ჭეშმარიტი ფსიქიკური დაავადების მქონე პირისგან, რათა დაცული იყოს სისხლის სამართლის პრინციპებს შორის უმნიშვნელოვანესი - სამართლიანობის⁶ და ჰუმანიზმის⁷ პრინციპები.

როგორც უკვე აღვნიშნეთ, სასამართლო ფსიქიატრიულ ექსპერტიზას უძღვებიან სპეციალური ცოდნითა და უნარებით აღჭურვილი ექიმი-ფსიქიატრებით დაკომპლექტებული კომისიები,⁸ რომლებსაც გამოსაკვლევი პირის დაკვირვების შედეგად გამოაქვთ დასკვნა მისი ფსიქიკური მდგომარეობის შესახებ. ასევე აღვნიშნეთ, რომ პირის შერაცხადად ცნობა ხდება არა ზემოხსენებული საექსპერტო დასკვნების საფუძველზე ავტომატურად, არამედ მას წყვეტს სასამართლო, რომელიც თავის შეფასებაში ან გაიზიარებს საექსპერტო დასკვნის შედეგებს, ან არ გაიზიარებს მათ.⁹ შესაბამისად, იგი

⁶ იქვე, გვ. 61.

⁷ იქვე, გვ. 63.

⁸ საქართველოს სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის კომენტარი, ავტორთა ჯგუფი, თბ. 2015, გვ. 448.

⁹ ნ. თოდუა, წიგნში: სისხლის სამართლის ზოგადი ნაწილი, სახელმძღვანელო, რედ. გ. ნაჭყებია, ი. დვალაძე, თბ. 2007, გვ. 396.

დაასაბუთებს, რატომ მიიჩნევს აღნიშნულ საექსპერტო დასკვნის საფუძველზე პირს შერაცხადად, ან პირიქით - შეურაცხადად. აქედან გამომდინარე, ექიმ-ფსიქიატრთა საექსპერტო დასკვნა მოსამართლეთათვის არ წარმოადგენს სავალდებულო ძალის მქონე დოკუმენტს, რომელსაც უპირობოდ უნდა დაეთანხმოს, მით უფრო მაშინ, როდესაც მართლმსაჯულების წინაშე მხარეებმა შეიძლება წარადგინონ ურთიერთსაწინააღმდეგო ან გარკვეულწილად განსხვავებული საექსპერტო დასკვნები. ასეთ დროს სასამართლო განსაკუთრებული სიფრთხილით უნდა მოეკიდოს პირის შეურაცხადად ცნობის საკითხს და თავისი დისკრეციული უფლებამოსილება ფილიგრანური სიზუსტით უნდა განახორციელოს. ეს გახლავთ პირველი არგუმენტი, თუ რატომ ვერ წყვეტს ფსიქიატრიული ექსპერტოზის დასკვნა ავტომატურად პირის შეურაცხადობის საკითხს. მეორე არგუმენტი, თუ რატომ აქვს მხოლოდ სასამართლოს პირის შეურაცხადად ცნობის უფლება: გარდა სამედიცინო კრიტერიუმებისა, პირის ფსიქიკური შერაცხადობის დადგენისას, მხედველობაშია მისაღები იურიდიული კრიტერიუმები, რომელთა შესახებ ექსპერტ-ფსიქიატრები ვერ იმსჯელებენ იმ უბრალო მიზეზის გამო, რომ ხსენებული სცილდება სამედიცინო-ფსიქიატრიულ ჩარჩოებს. ამგვარად, მართებულია, რომ სწორედ სასამართლომ უნდა იმსჯელოს საექსპერტო ჯგუფის მიერ გამოკვლეული პირის შეურაცხადობაზე.

ცხადია, მოსამართლე უნდა ფლობდეს ელემენტარულ თეორიულ ცოდნას ფსიქიატრიის საკითხებში, რათა სწორად შეაფასოს ექსპერტ-ფსიქიატრთა მიერ წარდგენილი დასკვნა და მართებულად აღიქვას ის. მოსამართლეს სასამართლო ფსიქიატრიის საბაზისო ცოდნა ესაჭიროება ასევე იმისთვისაც, რომ სასამართლო პროცესის წარმართვის დროს ექსპერტის დაკითხვისას სწორად შეაფასოს ექიმ-ფსიქიატრის მიერ მიწოდებული ინფორმაცია და ჰქონდეს მზაობა იმსჯელოს იმაზე, მისაღებია საექსპერტო დასკვნა, თუ მიუღებელი და პასუხობს თუ არა ექსპერტიზის მონაცემები არსებულ რეალობას.

არსებობს კიდევ ერთი გავრცელებული პრაქტიკა, როდესაც ბრალდებულები არა მხოლოდ საექსპერტო კვლევის დროს, არამედ პირდაპირ სასამართლო პროცესის მიმდინარეობის დროსაც ცდილო-

ბენ ფსიქიკური აშლილობის სიმულაციის დემონსტრირებას, რათა ერთგვარი ავადმყოფური შთაბეჭდილება მოახდინონ მოსამართლეზე. ცხადია, მოსამართლე მზად უნდა იყოს, სწორად შეაფასოს შექმნილი ვითარება და არ მოექცეს სიმულაციით დაინტერესებული პირის ზეგავლენის ქვეშ, რაც ხელს შეუშლის მას სწორი გადაწყვეტილების მიღებაში.

მოსამართლე ფსიქიატრიის თეორიულ საკითხებს უნდა ფლობდეს ასევე იმის გამოც, რომ სასამართლო პროცესზე დაკითხულ ექსპერტ-ფსიქიატრებს დაუხვას სწორი დამაზუსტებელი და შინაარსობრივად გამართული შეკითხვები, რაც გააიოლებს კომუნიკაციას პროცესის მონაწილეებს შორის და აღმოფხვრის ბუნდოვანებას საკითხის ირგვლივ.

აქედან გამომდინარე, ჩვენს მიერ მოყვანილი არგუმენტები ემსახურება ერთადერთ მიზანს: დადგინდეს ყველაზე ფსიქიკური დაავადების მქონე პირის შეურაცხადობა და გამოირიცხოს სიმულაციის მცდელობები. თუმცა, საამისოდ უპირველესად უნდა გავარკვიოთ, თუ რას ნიშნავს ფსიქიკური დაავადების სიმულაცია.

ფსიქიკური დარღვევების სიმულაცია განისაზღვრება როგორც გაცნობიერებული, მოჩვენებითი ქცევა, რომელიც ატარებს გარკვეულ მიზანს და გამოიხატება არარსებული ფსიქიკური დაავადების ნიშნების ასახვაშიან მედიკამენტოზური საშუალებებით მათ ხელოვნურ გამონევაში.¹⁰

ფსიქიკური დაავადების სიმულაცია ხშირად გვხვდება სამედიცინო ფსიქიატრიულ პრაქტიკაში, განსაკუთრებით სასამართლო ფსიქიატრიის ექსპერტიზის სფეროში. ცნობილი ფსიქიატრის არიელ რეზნიკის (1994) მონაცემებით ადამიანები ფსიქიკური დარღვევების სიმულაციას, როგორც წესი, მიმართავენ შემდეგი მიზნებით:¹¹

1) თავიდან აიცილონ სისხლის სამართლებრივი პასუხისმგებლობა, როგორც ფსიქიკურად შეურაცხადმა პირებმა;

2) თავი აარიდონ სამხედრო მოქმედებებში მონაწილეობასა და

¹⁰ E. Ермакова, Доказательства применимые в процессе доказывания симуляции психических рстроиств, Журнал „Вестник“ ОгУN83 Март, г. Оренбург 2008 г., ст. 98.

¹¹ Resnick, Journal of »Forensic psyvhiatry« 2001; vol. 12, 2 407-412.

სავალდებულო სამხედრო სამსახურს;

3) მიიღონ ფულადი კომპენსაცია ე.წ. „ფსიქიკური ტრავმის“ გამო;

4) მოხდეს ჯანმრთელი პირების ჰოსპიტალიზაცია ფსიქიატრიულ კლინიკაში, მათი კვებით, საცხოვრებელი და სხვა საყოფაცხოვრებო პირობების უზრუნველყოფის მიზნით;

5) მოხდეს ჯანმრთელი პირების ჰოსპიტალიზაცია ფსიქიატრიულ კლინიკაში, სამართალდამცავი ორგანოების მიერ, მათი დაკავების თავიდან ასაცილებლად.

6) თავისუფლების აღკვეთის დაწესებულებებში მყოფი პირების სამედიცინო დაწესებულებაში გადასაცვანად, რითაც მნიშვნელოვნად იქნება შემსუბუქებული მათი საყოფაცხოვრებო პირობები.

ფსიქიკური დარღვევების სიმულაცია დაინტერესებული პირისთვის აზრს იძენს მხოლოდ იმ შემთხვევაში, როდესაც მას გარკვეული მიზნის მისაღწევად მიმართავს. სხვაგვარად მისი გათამაშება ყოველგვარ აზრს მოკლებული იქნებოდა. მიზანს კი წარმოადგენს იმ ფსიქიკური დაავადების ნიშნების გამოვლენა, რომელსაც იგი რეალურად არ განიცდის, ხოლო მათი ხელოვნურად გამოწვევა, ან გათამაშება, შექმნის სასურველი დაავადების იმიტაციას. ცხადია, სასამართლო ფსიქიატრიულ სფეროში სიმულაციის მთავარ მიზანს ისეთი მძიმე სახის ფსიქიკური დაავადების სიმულირება წარმოადგენს, რომელიც სასამართლოს მიერ პირის შეურაცხადად ცნობის საფუძველს შექმნის. სწორედ ამიტომ, როგორც წესი, დაინტერესებული პირის მიერ ხდება ისეთი მძიმე სულიერი დაავადებების სიმულირება, როგორიცაა შიზოფრენია, ოლიგოფრენია, დემენცია და ა.შ. რაც პირის შეურაცხადად ცნობის და სისხლის სამართლის პასუხისმგებლობისგან გათავისუფლების შანსებს მაქსიმალურად გაზრდის. აქედან გამომდინარე, სიმულაციით დაინტერესებული პირები არ ახდენენ მსუბუქი ფსიქიკური დაავადებების იმიტაციას, ვინაიდან მათი სიმულაციით დასახული მიზანი მაინც ვერ იქნება მიღწეული - ისინი თავს ვერ აარიდებენ პასუხისმგებობას ჩადენილი დანაშაულებრივი ქმედებისათვის და მათ მაინც მოუწევთ წარდგენენ მართლმსაჯულების წინაშე.¹²

¹² И. Зислин, В. Куперман, Симуляция психоза: семиотикаповедения, журнал

განსხვავებით სხვა მძიმე ფიზიკური დაავადებებისგან (როგორცაა ავთვისებიანი სიმსივნე, ციროზის მძიმე ფორმები და ა.შ.) სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობისგან გასათავისუფლებლად დაინტერესებული პირები ყველაზე ხშირად ფსიქიკური დაავადებების სიმულაციას მიმართავენ. ამას სრულიად გასაგები მიზეზი აქვს, ვინაიდან სხვა დაავადებებისაგან განსახვავებით, ფსიქიკურ პათოლოგიებში შეუძლებელია სიმპტომების ინსტრუმენტული კვლევა. მაშინ, როცა სხეულებრივი პათოლოგიების დროს შესაძლებელია სიმპტომების ინსტრუმენტული გამოკვლევა, რითაც დასტურდება ამა თუ იმ დაავადების არსებობა. ფსიქიკური დაავადების დროს კი მსგავსი კვლევა შეუძლებელია (შეუძლებელია იმის ობიექტური დადგენა, ნამდვილად ესმის თუ არა პირს ხმები, განიცდის თუ არა ჰალუცინაციებს და ა. შ.).¹³

საზოგადოებაში გავრცელებულია მცდარი წარმოდგენა იმის თაობაზე, რომ სხვა დაავადებათა შორის (რომელთა დადასტურებაც ინსტრუმენტული კვლევებითაა შესაძლებელი), ფსიქიკური პათოლოგიების სიმულაცია მნიშვნელოვნად ზრდის დაავადების ფალსიფიცირების შანსებს. ეს ვულგარული წარმოდგენა ფსიქიკური დაავადების სიმულირებაზე ქმნის არასწორ დამოკიდებულებას არსებულ რეალობასთან. მათი აზრით, დიაგნოზი მხოლოდ მაშინაა უტყუარი, როდესაც ის ინსტრუმენტული კვლევის მეთოდებითაა დადასტურებული. შესაბამისად, ის, რისი ინსტრუმენტული კვლევაც შეუძლებელია, აპრიორი დადასტურებულად ითვლება. სწორედ ამ გათვლით მიმართავენ დაინტერესებული პირები ფსიქიკური პათოლოგიების სიმულაციას. მათი წარმოდგენით, სულიერი დაავადების ფაბრიკაცია გაცილებით უფრო მარტივი და შედეგიანია, ვიდრე ფიზიკური დაავადებების სიმულაცია. თუმცაღა, ფიზიკური დაავადებების დროსაც არსებობს სიმულაციის ხერხები, რომელთა ინსტრუმენტული კვლევა და ფიქსაცია შეუძლებელია და მათი ჩამონათვალიც მეტად მწირია: ტკივილი ამა თუ იმ ორგანოში, საერთო სისუსტე, თავბრუსხვევა, ორიენტაციის დარღვევა, მეხსიერების დაქვეითება და ა. შ. სწორედ

«Русская литература и медицина» N 9/14 сентября 2006, ст. 290-298.

¹³ იქვე.

ამგვარი მიაშიტი მიდგომა აძლევს შესაძლებლობას სპეციალისტებს, არაინსტრუმენტული მეთოდების გამოყენებით გამოააშკარავონ როგორც ფიზიკური, ისე სულიერი დაავადებების ფალსიფიცირება.¹⁴

ფსიქიკური სიმულაციის ფორმები და საშუალებები

ქრონოლოგიურ ფაქტორებზე დაყრდნობით გამოყოფენ ფსიქიკური სიმულაციის სამ ფორმას:¹⁵

- 1) პრევენციულ სიმულაციას;
- 2) ინტრასიმულაციას;
- 3) პოსტსიმულაციას.

პრევენციულ სიმულაციას პირები მიმართავენ დანაშაულის ჩადენის წინ, რათა სამართალდამცავ ორგანოთა წინაშე შექმნან შთაბეჭდილება, რომ დანაშაული ფსიქიკური დაავადების მდგომარეობაში (შეურაცხად მდგომარეობაში) იყო ჩადენილი. მაგალითად, პირები ჩივილებით მიმართავენ ფსიქიატრიული პროფილის დანესებულებას და ზოგჯერ თავიანთი სურვილით განთავსდებიან ფსიქიატრიული სტაციონარში, რათა სამომავლოდ შექმნან არაჯანსაღი ფსიქიკის მქონე პაციენტის „ისტორია“. სხვა შემთხვევაში, შესაძლოა პირი გეგმავდეს მკვლელობას და ჩანაფიქრის განხორციელებამდე იწყებს ტრანსის მდგომარეობის სიმულირებას ეპილეფსიის გამოვლინებს სადემონსტრაციოდ — ღამით დგება, გადაადგილდება ქალაქის სხვა უბანში ნაცნობების დასანახად, რითაც ცდილობს, დააფიქსიროს თავისი ავადმყოფური ქცევა.

ინტრასიმულაცია არის ისეთი სახის სიმულაცია, რომელსაც დაინტერესებული პირები ჭეშმარიტი მოტივების მისაჩქმალად დანაშაულის ჩადენის დროს მიმართავენ. მაგალითად, პირმა ყაჩაღობის ჩადენისას შესაძლოა დანაშაულის ადგილზე გაითამაშოს რაიმე არაადექვატური ქცევა — თითქოს ასრულებს რაღაც რელიგიურ რიტუალს, არის გაურკვეველი სექტის წევრი და ემსახურება რომელიღაც

¹⁴ И. Зислин, В. Куперман, Симуляция психоза: семиотикаповедения, журнал «Русская литература и медицина» N 9/14 сентября 2006, ст. 301-310.

¹⁵ Г. Морозов, Судебная психиатрия, Т. 2, М. 1988, ст. 370-372.

არაამქვეყნიურ ძალას. ამით ის ცდილობს, დაზარალებულსა თუ მონ-
მეზე დატოვოს არაჯანსაღი ფსიქიკის მქონე ადამიანის შთაბეჭდილ-
ბა და ნამდვილი მოტივიდან ყურადღება გადაიტანოს მის „ფსიქიკურ
დაავადებაზე.“¹⁶

პოსტსიმულაცია (ყველაზე გავრცელებული ფორმა) არის სიმუ-
ლაცია, რომელიც დანაშაულის ჩადენის შემდეგ ხორციელდება, რათა
დამნაშავემ თავი აარიდოს მისთვის კანონით დაკისრებულ პასუხის-
მგებლობას. სიმულაციის ამ ფორმას გამოვლინების ყველაზე ფართო
სპექტრი ახასიათებს. პოსტსიმულაციის დროს შესაძლოა, დამნაშავემ
ყველა ფსიქიკური დაავადების სიმულირება სცადოს, რაც, მისი აზ-
რით, შეცომაში შეიყვანს ექსპერტ-ფსიქიატრებსა და სასამართლო
მართლმსაჯულებისაგან თავის დასაღწევად.

დაინტერესებული პირი ირჩევს სიმულაციის იმ ხერხებსა და
საშუალებებს, რომელსაც ეყრდნობა მისი წარმოდგენა ფსიქიკური
ავადმყოფობის მიმდინარეობაზე. პირი, რომელიც სიმულაციას
ახორციელებს, მარკირებს ფსიქიკური დაავადების მქონე ავადმყო-
ფის ქცევას, მისი ხასიათის, მეტყველების თავისებურებებს, ანუ
იქცევა ისე, როგორც მისი აზრით, უნდა იქცეოდეს სულიერად დაა-
ვადებული ადამიანი, იმიტირებს სულით ავადმყოფი პირის ქცევებს,
რომელთა შესახებაც მას სმენია, უნახავს, ან წაუკითხავს. ყველაზე
ხშირად სასამართლო სამედიცინო საექსპერტო კვლევის დროს
გვხვდება ფსიქოსომატური სიმპრომების ფალსიფიცირება, რადგან
დაინტერესებული პირებისათვის მათი იმიტირება შედარებით მო-
სახერხებელია, ფსიქოზისათვის დამახასიათებელი ნიშნების გამო:
ცნობიერების რეალობისგან მოწყვეტა, „საკუთარი სამყაროს“ შექმნა,
ობიექტური რეალობისადმი არაკრიტიკული დამოკიდებულება, სიტუ-
აციური ფრეიზმი ან სცენარის მიმართ გამიზნული გულგრილობა.
სიმულაციით დაინტერესებული პირი ირჩევს ქცევის გარეგნულ კრი-
ტერიუმებს, ისეთებს, როგორიცაა: ქცევათა არაადექვატურობა, ხან-
გრძლივი პერიოდის მანძილზე გათამაშებული ქცევითი ანომალიები,
საზოგადოებაში და ცალკეულ პირებთან კომუნიკაციის შეწყვეტა და
ა. შ. სავარაუდოდ, ასე გამოიყურება სიმულაციით დაინტერესებული

¹⁶ Г. Морозов, Судебная психиатрия, Т. 2, М. 1988, ст. 370-372.

პირისათვის „ჭეშმარიტი“ ფსიქიკური ავადმყოფი, რომელსაც მისი ქცევა ათავსუფლებს ადამიანური რაციონალური შეფასებებისგან, ჩვეულებრივი ადექვატური და სოციალური ასპექტებისაგან და რაც მთავარია, ათავისუფლებს კანონის წინაშე სისხლის სამართლის პასუხისმგებლობისგან.¹⁷

ჭეშმარიტი სიმულაცია

ჭეშმარიტი სიმულაცია არის ჯანმრთელი ადამიანის მიერ ფსიქიკური დაავადების გაცნობიერებული იმიტაცია. მოცემულ შემთხვევაში დაინტერესებული პირები ყველაზე ხშირად ანამნეზის¹⁸ (ცნობები დაავადებამდე ავადმყოფის ცხოვრების პირობათა შესახებ და ავადმყოფის განვითარების ისტორია, რომელსაც ადგენს ექიმი ავადმყოფის ან მისი ახლობლების ჩვენებით), სიმულაციას მიმართავენ. სასამართლო ფსიქიატრიული საექსპერტო პრაქტიკის მიხედვით, გამოსაკვლევი პირები ხშირად პათოლოგიზირებენ ანამნეზს და სიმულაციის წარმატებით განხორციელების მიზნით, იძლევიან მცდარ ინფორმაციას საკუთარ ფსიქიკურ მდგომარეობასა და ნათესავთა გენეტიკურ ფსიქიკურ მემკვიდრეობაზე. მაგალითად, ისინი იწყებენ მტკიცებას, რომ ადრეც ჰქონდათ ფსიქიკური პრობლემები, ანდა მათი წინაპრები და სისხლისმიერი ნათესავები, ამათუ იმ ფსიქიკური პათოლოგიების მატარებელნი იყვნენ, რომელთაგან ზოგიერთმა სიცოცხლე თვითმკვლევლობით დაასრულა, ან ჰქონდა სუიციდის მცდელობა. ხშირად გამოსაკვლევი პირები გარიგებაში შედიან ახლობლებთან, ნათესავებთან, თუ რა სახის ცნობები უნდა მიანოდონ ექიმებს გასაუბრების დროს. როგორც წესი, ასეთ შემთხვევებში ჭარბობს ინფორმაცია იმის შესახებ, თითქოს გამოსაკვლევ პირებს წარსულში ჰქონდათ ბოდვითი იდეები, ჰალუცინაციები, აკვიატებები და ა. შ. ხშირია პრევენციული ჰოსპიტალიზაცია ფსიქიატრიულ საავადმყოფოში, სამედიცინო ფსიქიატრიული დოკუმენტაციის წარმოების მიზნით, რაც სამომავლოდ დაადასტურებს სიმულაციით დაინტერესებული პირის დამძიმებულ ფსიქიკურ მდგომარეობას. ზოგიერთ

¹⁷ Г. Морозов, Судебная психиатрия, Т. 2 , М. 1988, ст. 375.

¹⁸ უცხო სიტყვათა ლექსიკონი, თბ. 2004, გვ. 37.

შემთხვევაში ცრუ ინფორმაცია მძიმე ფსიქიკური მდგომარეობის შესახებ (როგორც გამოსაკვლევე პირის მიერ, ასევე მისი ახლობლების გადმოცემით) ვრცელდება მხოლოდ იმ პერიოდზე, როდესაც მოხდა დანაშაული, ანუ სახეზე გვაქვს ინტრასიმულაცია (სიმულაცია პრევენციული სიმულაციის გარეშე, როდესაც უშუალოდ მოხდა დანაშაული, ან სულ მცირე ხნით ადრე, წინ უსწრებდა დანაშაულის ჩადენას).¹⁹

ატიოლოგიურ ნიადაგზე აღმოცენებული სიმულაციები

გარდა ზემოხსენებული ქეშმარიტი სიმულაციებისა, თანამედროვე სასამართლო ფსიქიატრიაში არსებობს პათოლოგიურ ნიადაგზე აღმოცენებული სიმულაციების რამდენიმე ფორმა:²⁰

- 1) აგრავაცია;
- 2) სიურსიმულაცია;
- 3) მეტასიმულაცია.

აგრავაცია. სიმულაციის ეს ფორმა განსაკუთრებით ხშირად გვხვდება იმ პირთა შორის, ვინც რეალურად სულით ავადმყოფია და აღენიშნება თავის ტვინის ორგანული დაზიანება, ოლიგოფრენია (თანდაყოლილი ქკუასუსტობა), მაგრამ მიუხედავად ამისა, ის შემჩნეულია საკუთარი დაავადების გაზვიადებაში, უტრირებაში. გამოსაკვლევე პირები „უჩივიან“ მეხსიერების მკვეთრ დაქვეითებას, „ცხოვრებისეულ სიტუაციაში ორიენტაციის დაკარგვას“. მათთვის ძალზე დამახასიათებელია დაუსაბუთებელი, ხშირად კარიკატურული, იპოქონდრიული²¹ ჩივილები (ჩივილები არარსებულ დაავადებებზე).

აგრავაციის გამოსავლენად დიდი მნიშვნელობა ენიჭება გამოსაკვლევე პირის წარსული ცხოვრების დეტალურ ანალიზს. მხოლოდ სტატისტიკურ მდგომარეობაში ფსიქიკური სტატუსის მიხედვით საბოლოო დიაგნოზის დასმა ხშირად სასამართლო საექსპერტო კვლევის შეცდომის მიზეზი ხდება ხოლმე, ამიტომ სრული სურათის მისა-

¹⁹ Г. Морозов, Судебная психиатрия, Т. 2, М. 1988, ст. 370-372.

²⁰ იქვე, გვ. 373.

²¹ Г. Морозов, Судебная психиатрия, Т. 2, М. 1988, ст. 374.

ლებად საჭიროა ფსიქიკური პათოლოგიის დინამიკაში განხილვა და არა ფრაგმენტული გამოკვლევა, რამაც შეიძლება მცდარ დასკვნამდე მიიყვანოს სასამართლო საექსპერტო კვლევაში ჩართული სპეციალისტები.²²

აგრავაციით დაინტერესებულმა პირებმა, შესაძლოა, სიმულაციის ამ ფორმას არაერთხელ მიმართონ. ხშირად მათი ქცევა ერთგვაროვანი და სტერეოტიპულია, განსაკუთრებით მაშინ, თუ პირველი მცდელობები მათთვის წარმატებული აღმოჩნდა.²³

მაგალითად: გამოსაკვლევი პირი - 25 წლის ქალი, რომელსაც ბრალი ედებოდა ქურდობაში, ბავშვობიდან თანატოლებს ჩამორჩებოდა გონებრივ განვითარებაში. დაამთავრა მხოლოდ ორი კლასი. აყვანილი იყო აღრიცხვაზე ფსიქონევროლოგიურ დისპანსერში ოლიგოფრენიის დიაგნოზით (ზომიერად გამოხატული გონებრივი ჩამორჩენილობა). უკანასკნელი 5-6 წელი მისდევდა ანტისოციალური ცხოვრების წესს, იღებდა ალკოჰოლს და ჩადიოდა წვრილმან ქურდობას. უკვე 19 წლის ასაკში იყო ქურდობისათვის მსჯავრდებული. იმ დროისათვის ჩატარებული ამბოლათორიული სასამართლო-ფსიქიატრიული ექსპერტიზის დასკვნით მიჩნეული იყო შერაცხადად, დიაგნოზით - ოლიგოფრენია (ზომიერად გამოხატული დებილიზმი, სიმულაციური ქცევის ელემენტებით). გამოკვლევის დროს სწორად ორიენტირებდა შექმნილ ვითარებაში, ეცვა სუფთად, კონცენტრირებული იყო ურთიერთობაში სხვა პაციენტებთან, იცავდა შინაგანანესს. ექიმებთან საუბრისას შესამჩნევად ლელავდა. განგებ არ პასუხობდა, ან შეცდომით პასუხობდა ყველაზე მარტივ შეკითხვებზე (თითქოსდა, ვერ ასახელებდა კვირის დღეებს, არ იცოდა რამდენი თითი ქონდა ხელზე და ა. შ.). ამავე დროს ექიმებს უხსნიდა, რომ ყველანი სულელს ეძახდნენ და ამიტომ სამკურნალოა. ზოგჯერ, როცა ატყობდა, რომ მის სიტყვებში ეჭვი შექონდათ, ღიზიანებოდა და აცხადებდა, რომ მას ყველა შემთხვევაში ორ წელზე მეტს არ მიუხჯიდნენ. დასკვნა: ზომიერად გამოხატული ოლიგოფრენია დებილობის ხარისხში (მსუბუქად

²² იქვე.

²³ იქვე, გვ. 375.

გამოხატული გონებრივი ჩამორჩენილობა).²⁴

სიურსიმულაცია. აგრავაციისგან განსხვავებით, სიურსიმულაციის ზოგადი პირობაა მკაფიოდ გამოხატული ფსიქიკური დეფექტი და გამოსაკვლევე პირის პიროვნული ცვლილებები. როგორც წესი, ეს ავადმყოფები ვერ აცნობიერებენ საკუთარ დაავადებას. სიმპტომები, რომლებსაც ისინი სიმულირებენ, უცხოა მათი დაავადების კლინიკური სტრუქტურისა და მიმდინარეობისთვის. სიურსიმულაცია ყველაზე ხშირად, შიზოფრენიით დაავადებულთა შორის გვხვდება ხოლმე. ამ დროს სიურსიმულაცია პათოლოგიურ ხასიათს ატარებს და შიზოფრენიული პროცესისასთვის დამახასიათებელ პიროვნების ფსიქიკური ერთიანობის დარღვევას ასახავს. იმიტაცია კარგავს ერთიანობას, რის გამოც ავადმყოფის ქცევა გროტესკული ხდება. ერთი მხრივ, ის თითქოსდა შეიცავს მიზანმიმართულ დაცვით ტენდენციას, მეორეს მხრივ კი, ასახავს შიზოფრენიული დარღვევების თავისებურებებს, ქცევის მიზანმიმართულების გარეშე და ერთმანეთის საწინააღმდეგო, ამბივალენტურ ტენდენციებს. ყოველივე ამის შემდეგ შეუძლებელი ხდება ხანგრძლივი და მიზანმიმართული სიმულაციური ქცევა. ასეთ დროს შიზოფრენიით დაავადებულები თავადვე აცხადებენ უარს იმიტაციაზე. აღიარებენ, რომ სიმულირებდნენ, მაგრამ შემდეგ კვლავ აგრძელებენ სიმულაციას.²⁵

მაგალითად: გამოსაკვლევ პირს, 28 წლის მამაკაცს, ბრალი ედებოდა გაუპატიურების მცდელობაში. ირკვევა, რომ 20 წლის ასაკიდან გახდა შფოთიანი, ეჭვიანი, ერიდებოდა საზოგადოებას, მუდმივად ცდილობდა განმარტოვებით ყოფნას. გამოთქვამდა ბოდვით აზრებს. მოთავსებული იყო ფსიქიატრიულ საავადმყოფოში, სადაც შიზოფრენიის დიაგნოზი დაუდგინდა. შემდგომში არაერთგზის იყო ჰოსპიტალიზირებული ავადმყოფობის გამწვავების გამო იმავე დიაგნოზით. საქმის მასალებიდან ირკვევა, რომ გამოსაკვლევ პირს ქუჩაში შეხვდა გამვლელი ქალბატონი, რომელსაც გამოელაპარაკა, შემდეგ კი ფიზიკური შეურაცხყოფა მიაყენა და გაუპატიურება სცადა. გამოძიების მიმდინარეობის დროს გამოსაკვლევ პირს ემჩნეოდა დაძაბულობა,

²⁴ Г. Морозов, Судебная психиатрия, Т. 2, М. 1988 , ст. 376.

²⁵ იქვე.

შფოთავდა, გამოთქვამდა აზრს, რომ ყველაფერი განგებ მოუწყვეს, რომ მის წინააღმდეგ მოწყობილი იყო შეთქმულება და გრძნობდა, რომ მისი თავის ტვინის ნახევარსფეროებზე მისი მტრები რალაც საშუალებებით ახდენდნენ ზემოქმედებას. მოგვიანებით მდგომარეობა გაუმჯობესდა, შფოთვა ჩაცხრა და მიხვდა, რომ რალაც უცნაური ემართებოდა, რომ ყველაფერი ეჩვენებოდა და აღიარა, რომ სიმულირებდა. სამედიცინო დაკვირვების დროს დემონსტრაციულად აცხადებდა საკვებზე უარს, კითხვებზე საერთოდ არ პასუხობდა, ან იძლეოდა არაადექვატურ პასუხებს. ცდილობდა მოეხდინა ჭკუასუსტის შთაბეჭდილება. ექიმის თანდასწრებით რამდენჯერმე მოაწყობა „გულყრები“. ამასთანავე დროდადრო იძაბებოდა, შფოთავდა, უსაფუძვლოდ შეჰქონდა ეჭვი ბევრ რამეში. ღამით ლოგინიდან დგებოდა და ცდილობდა შეუმჩნეველად ფანჯარასთან მისვლას, ცდილობდა ყური დაეგდო „რალაცისთვის“. ექიმს ემოციურად ესაუბრებოდა და ალექსებულებული უყვებოდა თავის შინაგან განცდებზე, ითხოვდა მისგან შველას. ექსპერიმენტალურ-ფსიქიატრიულმა გამოკვლევამ დაადასტურა მეტყველებითი რეაქციების არაადექვატურობა და შიზოფრენიისათვის დამახასიათებელი აზროვნების ზოგიერთი დარღვევა.²⁶ დასკვნა: გამოსაკვლევი პირი დაავადებული იყო შიზოფრენიით და მიუხედავად მისი მცდელობისა, საექსპერტო ჯგუფს ჭკუასუსტად მოსჩვენებოდა, მას არ დაუდგინდა ჭკუასუსტობა, თუმცა მაინც გათავისუფლდა სისხლის სამართლებრივი პასუხისმგებლობისგან, მისი ნამდვილი დიაგნოზის - შიზოფრენიის გამო.

მეტასიმულაცია. ეს გახლავთ სიმულაციის ის ფორმა, როდესაც დაინტერესებული პირის მიერ, ადრე გადატანილი დაავადებების ნიშნების განზრახ გამოხატულება ხდება. ყველაზე მეტად მეტასიმულაცია იმ პირთა შორისაა გავრცელებული, ვისაც რეაქტიული ფსიქოზი აქვს გადატანილი. მიუხედავად მათი ზოგადი მრავალფეროვნებისა, სიმულაციური კლინიკური ფორმის უმრავლესობას, ფსიქოპათოლოგიური შინაარსით გადატანილი რეაქტიული ფსიქოზი ავსებს. მეტასიმულაციის დროს მიბაძვის საგანს ადრე გადატანილი რეაქტიული მდგომარეობა წარმოადგენს, რომელიც დაინტერესებული პირის მიერ

²⁶ Г. Морозов, Судебная психиатрия, Т. 2, М. 1988 , ст. 378.

ისე განიხილება, როგორც ავადმყოფობა. მხედველობაშია მისაღები ისიც, რომ გამოსაკვლევი პირის მეხსიერებაში ადრინდელ ფსიქოზზე შემონახული ინფორმაცია, შესაძლოა, იყოს არასრული, ფრაგმენტული, ცალკეულ ეპიზოდებში კი საერთოდ მივიწყებას მიეცეს (ამნეზია). სწორედ ამ მიზეზების გამო, შესაძლოა იმიტირება ატარებდეს რეალობასთან შედარებით უფრო პრიმიტიულ, ან პირიქით უტრირებულ ხასიათს და სიმულაცია გახდეს ერთფეროვანი, ან პირიქით - პოლიმორფული.²⁷

მაგალითად: გამოსაკვლევ პირს, 34 წლის მამაკაცს ბრალი ედებოდა ქურდობაში. 26 წლის ასაკში გადაიტანა თავის ტვინის ტრავმა გონების დაკარგვით, რის შემდეგაც ხშირად უჩიოდა თავის ტკივილებს, თავბრუსხვევას, გახდა ფეთქებადი, ფიცხი. სისხლისსამართლებრივ პასუხისმგებლობაში მიცემის შემდეგ აღენიშნებოდა უცნაური ქცევები: უარს აცხადებდა საკვებზე, ყველა კითხვაზე პასუხობდა - „არ ვიცი“, „არ მახსოვს“. ექსპერტიზის დროს იყო დაბნეული, დეპრესიული, შეშინებული. დროის უმეტეს ნაწილს ატარებდა სანოლში, თავზე იფარებდა საბანს, იყო მუდმივად განმარტოვებული. სამართალდარღვევის ხსენებისას სახეზე იქნდა ტანჯულ გამომეტყველებას, იწყებდა ტირილს, თავს იდანაშაულებდა წარსულში ჩადენილი ცოდვების გამო. გარემოს უწოდებდა „აუტანელს“, ამბობდა, რომ სიცოცხლე მობეზრდა. ზოგჯერ ალგზნებული დარბოდა პალატაში, ამტკიცებდა, რომ მისი მოკვლა სურთ. ჩატარებული მკურნალობის შემდეგ სიმპტომატიკა გაქრა. თუმცა, ექიმებთან შემდგომ საუბარში კვლავ ამტკიცებდა, რომ მავანს მისი განადგურება აქვს განზრახული. საუბრისას ინარჩუნებდა სიმშვიდეს. დევნაზე საუბრისას იმეორებდა ერთიდაიგივე ფრაზებს, თუმცა ვერ ახერხებდა დაეზუსტებინა რას გულისხმობდა. ეწინააღმდეგებოდა საკუთარ მოსაზრებებს, ცდილობდა თავი აერიდებინა დამაზუსტებელი კითხვებისათვის. პაუზის შემდეგ კითხვებზე პასუხობდა მისი მდგომარეობიდან გამომდინარე, თუმცა ზოგჯერ იძლეოდა არაადექვატურ, შეუსაბამო და უაზრო პასუხებს. ექსპერიმენტალურ-სფიქოლოგიურმა გამოკვლევამ გამოავლინა მისი არასწორი პასუხების დემონსტრაციულობა. მაგალითად, მან ჯერ

²⁷ იქვე, გვ. 379.

სწორად დაასახელა წითელი ფერი, შემდეგ კი მას უწოდა შავი და ა. შ. სამედიცინო პერსონალის თანდასწრებით, გამოსაკვლევი პირი წყნარად იქცეოდა, სევდიანი სახით განმარტოვებით იჯდა სანოლზე, მაგრამ როდესაც რჩებოდა სხვა გამოსაკვლევი პირთა გარემოცვაში, ხდებოდა გაცილებით აქტიური, ერთვებოდა საერთო „მხიარულებაში“, აქეზებდა გამოსაკვლევი პირებს კონფლიქტისკენ და შემდეგ გამოდიოდა სეირის მაყურებლის როლში. დასკვნა: გამოსაკვლევი პირს აღენიშნებოდა თავის ტვინის ტრავმული დაზიანების ნარჩენი მოვლენები. ექსპერტიზამ იგი შერაცხადად ცნო. მართალია, გამოსაკვლევმა პირმა დაკავების შემდეგ გადაიტანა რეაქტიული მდგომარეობა, მაგრამ იგი მალე სრულიად ამოიწურა. საბოლოო ჯამში, ადგილი ჰქონდა სიმულაციას (მეტასიმულაციას), რაც მას სისხლის-სამართლებრივი პასუხისმგებლობისგან არ ათავისუფლებდა.²⁸

სასამართლო ფსიქიატრიაში გვხვდება ტერმინი „ფსევდოსიმულაცია“, რომელიც იმ პირთა მიმართ გამოიყენება, ვინც სიმულირებას მიმართავს მანამ, ვიდრე ნამდვილად დაემართება ფსიქიკური აშლილობა. მაგალითად, შნეკმა (1970) გააანალიზა ლეონიდ ანდრეევის რომანი „დილემა“ (1902), რომელიც მოგვითხრობს ექიმზე, რომელმაც მკვლევლობა ჩაიდინა და პასუხისმგებლობისგან თავის ასარიდებლად, შეურაცხადის როლის მორგება დაიწყო. მოგვიანებით კი მას მართლაც ეწყება ჰალუცინაციები და როგორც ექიმი, ის აცნობიერებს, რომ მისი ფსიქოზი უტყუარია.²⁹

ფსიქოზების კლინიკური ნიშნები, რომლებსაც სიმულაციით
დაინტარესპული პირები იმიტირებენ

ფსიქიკური დარღვევების სიმულაციების გამოვლენისას აუცილებლად უნდა გავითვალისწინოთ ერთი უმნიშვნელოვანესი პრინციპი, რომელიც დღეს მოქმედი საქართველოს სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის მე-13 მუხლის თანახმად გვეძლევა (მტკი-

²⁸ იქვე, გვ. 381.

²⁹ Folks D. Munchausen's syndrome and the other factitious disorders // Neurologic Clinic, 1995, V. 13 N. 2, 267-281.

ცებულება). კერძოდ ის, რომ მტკიცებულებას არ აქვს წინასწარ დადგენილი ძალა და ასევე ის, რომ გამამტყუნებელი განაჩენი უნდა ეფუძნებოდეს მხოლოდ ერთმანეთთან შეთანხმებულ, აშკარად დამაჯერებელ მტკიცებულებათა ერთობლიობას, რომელიც გონივრულ ეჭვს მიღმა ადასტურებს პირის ბრალეულობას.³⁰

მტკიცებულებათა მოპოვების მიზნით, ფსიქიკური დავადების სიმულაციის ფაქტის დასადგენად, სამართალდამცავმა ორგანოებმა შეიძლება გამოკითხონ და დაკითხონ არა მხოლოდ დანაშაულებრივი ქმედების ჩამდენი სავარაუდო პირები, არამედ უშუალო მოწმეები, ნათესავები, მეგობრები, კოლეგები და ა. შ. ასევე შეიძლება მოწმის სახით დაიკითხოს პირის კანონიერი წარმომადგენელიც. ერთ-ერთ ყველაზე დამაჯერებელ მტკიცებულებას ფსიქიკური დარღვევების სიმულაციის გამოსავლენად წარმოადგენს სასამართლო ექსპერტის ჩვენება სასამართლო პროცესზე, რომელიც მოწმის უფლება-მოვალეობებს იძენს და დაიკითხება მხარეთა მიერ საექსპერტო დასკვნის განმარტებებისთვის და საკითხის ირგვლივ დამატებითი კითხვების დასაზუსტებლად. ფსიქიკური პათოლოგიების სიმულაციის გამოსავლენად დიდი მნიშვნელობა ენიჭება ასევე საპროცესო მოქმედებების შედეგად შედგენილ საპროცესო-საგამოძიებო მოქმედებების ამსახველ აქტებს. როგორც პირის მიერ დაკითხვა-გამოკითხვის ან სხვა საპროცესო მოქმედებების მიმდინარეობისას, არგუმენტირებულ ვარაუდებსა და ვერსიებს იძლევა იმის დასადგენად, პირი ფსიქიკური პათოლოგიის ნიშნებს სიმულირებს, თუ ნამდვილად სულით ავადმყოფია. განსაკუთრებული მნიშვნელობა ენიჭება საგამოძიებო მოქმედებების მიმდინარეობის დროს ვიდეოჩანაწერების გაანალიზებას, ვინაიდან გამოსაკვლევემა პირმა შესაძლოა წვრილმანი, უნებლიე დეტალითაც კი (ჟესტი, მოქმედება, ხმის ტონი) ნათელი მოჰფინოს ისეთ საკითხებს, რაც უტყუარად დაადასტურებს, ან უარყოფს მის შეურაცხადად აღიარებას. ზემოხსენებული ჩანაწერები შეუცვლელია იმითაც, რომ შესაძლოა, მათ გარეშე ჩატარებული საგამოძიებო მოქმედებების მსვლელობის დროს ჩანაწერებში დაფიქსირებული უმნიშ-

³⁰ საქართველოს სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის კომენტარი, ავტორთა ჯგუფი, თბ. 2015, გვ. 216.

ვნელო დეტალები, რომლებიც სამართალდამცველთათვის არაფრის მთქმელია, სპეციალური ცოდნით აღჭურვილი პირისთვის უტყუარი ძალის მქონე არგუმენტად იქცეის სწორი დასკვნების გამოსატანად.³¹

გარდა ამისა, ფსიქიკური დარღვევების სიმულირებაზე მსჯელობისას, აუცილებელია ყურადღება გამახვილდეს ისეთ დოკუმენტებზე, როგორიცაა: სამედიცინო ბარათები, სამკურნალო დაწესებულებების მიერ გაცემული ცნობები, წინა პერიოდში გაცემული ფსიქიატრიული ექსპერტიზის დასკვნები, ცნობები ნარკოლოგიური და ფსიქონევროლოგიური დაწესებულებებიდან, რეცეპტები და მათი ასლები, ასევე არაოფიციალური პირადი დოკუმენტები და გამოსაკვლევი პირის პირადი ჩანაწერები, დღიურები, წერილები, ლექსები, ჩანახატები, მემუარები, ნახატები და ა.შ. შესაძლოა, სწორედ ეს დოკუმენტები იძლეოდნენ უტყუარ პასუხს გამოსაკვლევი პირის რეალური ფსიქიკური მდგომარეობის შესახებ და საშუალებას გვაძლევდნენ ჩავწვდეთ სიმულაციის მოტივებს. ჩამოთვლილი დოკუმენტები შეიძლება შედგენილი იყოს როგორც საქმის გამოძიების დროს, ასევე ადრეულ პერიოდშიც და საქმესთან არანაირი პირდაპირი კავშირი არ ქონდეს, თუმცა ამის მიუხედავად, მათ თანაბარი მტკიცებულებითი ძალა მიენიჭებათ, როცა საქმე პირის შეურაცხადობას შეეხება.³²

ფსიქიკური აშლილობის სიმულაციის გამოვლენა საკმაო სირთულეებთანაა დაკავშირებული. ამის შესახებ არაერთი კვლევა და ექსპერიმენტი ჩატარდა, მათ შორის ამერიკის შეერთებულ შტატებში, ფსიქოლოგ დევიდ როზენჰანის მიერ 1973 წელს ჩატარებული კვლევა, რომელიც საერთაშორისო დონის კლასიკურ ექსპერიმენტად იქცა.³³ ხსენებული კვლევის შედეგად კიდევ ერთელ დადასტურდა, რაოდენ რთულია ფსიქიკური დეფექტების სიმულაციის გამიჯვნა ნამდვილი სულიერი დაავადებისაგან. ექსპერიმენტის მიხედვით, რამდენიმე ფსევდოპაციენტი ნებაყოფლობით განათავსეს სხვადასხვა

³¹ Overholser J. Differential Diagnosis of Malingering and Factitious Disorder with Physical Symptoms // Behavioral sciences & the law. V. 8, N. 155-165.

³² Tracy J. Language Abnormalities in Psychosis: Evidence for the Interaction between Cognitive and Linguistic Mechanisms // Handbook of Neurolinguistics. Ed. by B. Stemmer and H. Whiataker. Academic Press. 1998. 495-505.

³³ Rosenhan DL, (1973), On being sane in insane places. Science, 179, 250-8.

ფსიქიატრიულ კლინიკაში ფსიქიკურად დაავადებულებთან ერთად და დაავალეს მათ გაეთამაშებინათ, თითქოს თავში „ესმოდათ ხმები“. საექსპერტო ჩანაფიქრის თანახმად, სამედიცინო პერსონალის წინაშე სადემონსტრაციოდ, სათანადო „მკურნალობის“ შედეგად ფსევდოპაციენტებში ეს ჩივილები უმალვე „გაქრა“ და შესაბამისად, ყველა მათგანს სპეციალისტებმა შიზოფრენიის დიაგნოზი დაუდგინეს. ექსპერიმენტის მეორე ეტაპი იმაში მდგომარეობდა, რომ ფსიქიატრიული კლინიკების პერსონალს მოგვიანებით დაევალა გამოველინათ სიმულაციის შემთხვევები კლინიკაში მყოფი სხვა ნამდვილი ავადმყოფებისგან, რომლებიც იმავე დროს ფსევდოპაციენტებთან ერთად მკურნალობდნენ. დადგა აბსოლუტურად მოულოდნელი შედეგები - პერსონალმა ნამდვილ ფსიქიკურ ავადმყოფთა უმრავლესობა სიმულანტად მიიჩნია. ამ ექსპერიმენტის შემდეგ, როზენჰანი მივიდა დასკვნამდე, რომ რიგით ფსიქიატრიულ საავადმყოფოებში შეუძლებელია განასხვავონ ჯანმრთელი ადამიანი (რომელიც ოსტატურად სიმულირებს), ფსიქიკურად დაავადებული პირისგან. ამის ახსნა, ნაწილობრივ, იმითაც შეიძლება, რომ ფსიქიატრია არ არის ზუსტი სამედიცინო დარგი და სხვა დაავადებებისგან განსხვავებით, აქ დიაგნოზი დგინდება არა უტყუარი ბიოლოგიური მარკერების საშუალებით, არამედ კლინიკური დარღვევების და სიმპტომთა სუბიექტური ინტერპრეტაციების გზით.³⁴

არიელ რეზნიკის (1997) მოსაზრებით, სავარაუდო სიმულაციის გამოსავლენად გამოყენებული უნდა იყოს გაღრმავებული კლინიკური ინტერვიუს მეთოდი და უნდა ითვალისწინებდეს:

1. დაისვას მაქსიმალურად ღია კითხვები;
2. პაციენტის ანამნეზის გამოკითხვა მიმდინარეობდეს უწყვეტად (არ შეანყევტინონ მას ინტერვიუ);
3. არ დაისვას მიმანიშნებელი კითხვები, რათა მათ შორის გამოსაკვლევა პირმა შეიძლება აღმოაჩინოს მისთვის სასარგებლო ინფორმაცია რეალურ ფსიქოტურ სიმპტომთა თაობაზე;
4. წინასწარ უნდა იყოს გარკვეული, ხომ არ ჰქონია გამოსაკვ-

³⁴ В. Куперман, И. Зислин, К структурному анализу бреда // Солнечное сплетение. № 18-19, 2001. ст. 254-270.

ლევ პირს შეხება ფსიქოზების გამოვლინებებთან (მაგალითად სამსახურიდან გამომდინარე);

5. ინტერვიუერმა არ უნდა გააღიზიანოს და არ უნდა გამოთქვას უკმაყოფილება გამოსაკვლევე პირის მიმართ, ეს მხოლოდ გააძლიერებს დაცვითი ქცევის ფორმებს მისი მხრიდან;

6. სასურველია ინტერვიუ რაც შეიძლება ხანგრძლივად გაგრძელდეს, რადგან დალღამ შეიძლება ხელი შეუწყოს სავარაუდო სიმულაციის გამოაშკარავებას;

7. დაუსვით გამოსაკვლევ პირს კითხვები მისი დაავადებისთვის შეუთავსებელი სიმპტომების თაობაზე, ვინაიდან მან შესაძლოა დადასტუროს მათი არსებობა და ამით გაამყაროს ეჭვი შესაძლო სიმულაციაზე;

8. სასურველია, გასაუბრების დროს ინტერვიუერმა ხშირად ახსენოს ადვილად განსასახიერებელი სიმპტომები. ახლო მომავალში მათი ასახვა კლინიკურ სურათზე სიმულაციის აშკარა დასტური იქნება.³⁵

სიმულაციის ნიშნების შემჩნევისას, ინტერვიუერი შეიძლება გამოუტყდეს კიდევ გამოსაკვლევ პირს თავის ეჭვებში, მაგრამ უმჯობესია თუ ამას სპეციალისტი კატეგორიულ ფორმას არ მისცემს და თავის მოსაზრებას გამოხატავს შემდეგი ფორმულირებით: „თქვენ არ მეუბნებით სიმართლეს“. არავითარ შემთხვევაში ფრაზით: „თქვენ მომაცყუეთ“. პაციენტს ყოველთვის უნდა მიეცეს საშუალება შეინარჩუნოს საკუთარი ღირსება. დაუშვებელია მასთან ღია დაპირისპირება და ფაქტები უნდა შეჯამდეს ბრალდებების გარეშე. ფსიქოზების სიმულაციის შემთხვევაში დიაგნოსტიკური პროცესების წარმართვას უდიდესი ყურადღება ეთმობა, განსაკუთრებით კი ფსიქომეტრული ტესტების გამოყენებას. რასაკვირველია, ზოგი გამოსაკვლევე პირი სპეციალური ტესტების გავლის დროსაც წარმატებით ახერხებს ფსიქიკური ავადმყოფობის როლის მორგებას, მაგრამ უმრავლეს შემთხვევაში მათი გამოაშკარავება დიდ სირთულეს არ წარმოადგენს. მოვიყვანთ ფსიქომეტრული ტესტების მაგალითებს, როგორცაა: ა) The Minnesota, Multiphasic, Personality, Inventory-2. არსებობს კარგად

³⁵ Resnick, Journal of «Forensic psyvhiatry» 2001; vol. 12,2 438-443.

შესწავლილი და გამოცდილი ინსტრუმენტი, რომლის მეშვეობითაც საკმაოდ ხშირად წარმატებით ავლენენ დისიმულაციის და სიმპტომატიკის ფალსიფიცირების შემთხვევებს. ბ) The Structured Interview of Reported Symptoms (სტრუქტურული ინტერვიუ სიმპტომების შესაფასებლად). ინტერვიუ 172 შეკითხვას მოიცავს, რომლებიც ფსიქიატრიულ პრაქტიკაში იშვიათ სიმპტომებს მოიცავს, აბსურდულ და ძალზე უჩვეულო სიმპტომატიკას, ასევე სიმპტომთა უცნაურ შეთავსებას, რომელიც ჭეშმარიტი პათოლოგიის დროს არათავსებადნი არიან. გ) Test-4 (Beaber at al. 1985) წარმოადგენს მოკლე კითხვარს შიზოფრენიის სიმპტომთა შესაფასებლად. ის 33 კითხვისაგან შედგება და ითვალისწინებს მხოლოდ ორ სავარაუდო პასუხს: „სწორია“, „არასწორია“. ტესტი შედგება სამი დანაყოფისგან, რომლებიც აღწერენ შიზოფრენიის ძირითად სიმპტომებს, ქცევის უჩვეულო ფორმებს და იდეებს, აგრეთვე ყალბ სიმპტომებს.³⁶

ნაკლებ სავარაუდოა, რომ პირი, რომელიც სიმულაციას მიმართავს, ეცდება განასახიეროს მხოლოდ ერთი დიაგნოზისთვის დამახასიათებელი ნიშნები. დიდი ალბათობით, ის შეეცდება სიმპტომთა „კოქტილის“ დემონსტრირებას. ნაკლებ სავარაუდოა, რომ გამოსაკვლევი პირის ატიპური სიმპტომების აღიარებით არ შეიძლება სიმულაციის ფაქტზე დაბეჯითობით მსჯელობა, ვინაიდან ფსიქოზით დაავადებულმა პირმა შეიძლება გამოთქვას ნებისმიერი ბოდვითი აზრი და განიცადოს ნებისმიერი აღქმითი დარღვევა, თუმცა, რაც უფრო მეტია ურთიერთშეუთავსებელი, უჩვეულო სიმპტომთა ერთიანობა, მით მეტადაა სავარაუდო სიმულაციის არსებობის ალბათობა. რარიგ უცნაურადაც არ უნდა გამოიყურებოდეს, სიმპტომების სიმრავლე ან სიმწვავე ვერ იქნება მყარი არგუმენტი სიმულაციის დადასტურებისთვის. თუმცა, რაც მეტად ჭარბობს სიმპტომთა შეუთანხმებელი ტანდემები, მით მეტად იზრდება სიმულაციის არსებობის რისკები.³⁷

არიელ რეზნიკი გვთავაზობს ფსიქიკური პათოლოგიების კლინიკური გადაწყვეტილების შემდეგ მოდელს, რომელიც სიმულაციის გამოვლენის რამდენიმე კრიტერიუმს ითვალისწინებს:

³⁶ Л. Ясперс, *Общая психопатология*, М. 1997, ст. 268.

³⁷ იქვე, გვ. 284.

1. სიმულაციის ამოსაცნობი მოტივი;

2. ცრუ სიმპტომატიკის ცვალებადობა, რომელიც სულ მცირე, სამ ნიშანში გამოვლინდება: ა) პაციენტი თვალშისაცემად განსხვავებულად იქცევა დაკვირვებისა და ექიმთან კონტაქტის დროს და სრულიად სხვაგვარად იქცევა სიტუაციის გარეთ; ბ) პაციენტი არათანამიმდევრულია ფსიქოსომატური სიმპტომების აღწერაში; გ) შეინიშნება წინააღმდეგობები მიმდინარე სამედიცინო დოკუმენტაციასა და პაციენტის მიერ მონათხრობ წარსულ ანამნეზს შორის (ანუ საკუთარ „დაავადებაზე“ წარსულ დროში).

3. არასრულ სიმპტომთა ასახვა, რაც შემდეგში გამოიხატება: ა) ისეთ სიმპტომთა დეტალური აღწერა, რომლებიც ვერანაირად ვერ თავსდება იმ კლინიკურ სურათში, რომლის იმიტირებასაც პაციენტი ცდილობს; ბ) ატიპური ბოდვითი იდეები და ჰალუცინაციები.

4. სიმულაციის ფაქტის დასაბუთება შემდეგი არგუმენტებით: ა) ჰალუცინაცია სიმულაციის გამოაშკარავების მცდელობის შემდეგ; ბ) სარწმუნო ინფორმაცია, რომელიც ამყარებს მოსაზრებას სიმულაციის თაობაზე (მაგალითად, ფსიქომეტრული ტესტი, ან ობიექტური ანამნეზი (ანუ მონაცემი, რომელიც მიღებულია არა თვით პაციენტისგან, არამედ ნეიტრალური პირისგან)).³⁸

ვიქტორ კუპერმანი და იოზეფ ზისლინი მიუთითებენ მთელ რიგ კრიტერიუმებზე, რომელთა მეშვეობითაც შესაძლებელი ხდება ჭეშმარიტი ფსიქიკური დაავადების გამიჯვნა სიმულირებული ქცევისგან:

1. სიმპტომატიკა არათანაბრად მიმდინარეობს პაციენტზე დაკვირვების პერიოდში (თუმცა საუბარი არაა სიმპტომატიკის მიმდინარეობის კანონზომიერ დინამიკაზე);

2. იმიტირებული სიმპტომატიკის ხელოვნურობა და მისი უკვალოდ გაქრობა აშკარა კლინიკური ზედამხედველობის შეჩერების ან შეწყვეტისთანავე;

3. მკაფიო კონტრასტი ჩივილთა გამომხატულ დრამატიზმსა და მწირ, ზოგჯერ საერთოდ არარსებულ გარეგან სიმპტომთა შორის;

4. სიმპტომთა არაკანონზომიერი, ანომალიური კომბინაცია სიმულაციით დაინტერესებული პირის ჩივილებს შორის;

³⁸ Resnick, Journal of «Forensic psyvhiatry» 2001, vol. 12, 2 584-591.

-
5. არაადექვატური, ანომალური რეაგირება მკურნალობაზე;
 6. სისხლისსამართლებრივი ისტორია ანამნეზში;
 7. ასოციალური ფსიქოპათიის ნიშნები;
 8. პაციენტის არაკომპრომისული ქცევა მკურნალობის კუთხით;
 9. სიმულაციური ქცევისათვის წინასწარ შეთხზული ისტორია.

მაგალითად: გამოსაკვლევ პირს ბრალად ედებოდა მკვლევლობა, რომლის მოტივი გაურკვეველი იყო. იგი გამოკვლევის დროს დემონსტრირებდა მეხსიერების სრულ დაკარგვას დანაშაულის ჩადენის მომენტში და უარყოფდა საკუთარ ბრალს. თუმცა, სამედიცინო შემონმების შემდეგ, გამოსაკვლევი პირი ინტერესდებოდა მიღებული გადაწყვეტილებით და საბოლოო დასკვნით იმის თაობაზე, თუ როგორ შეფასდა მისი ავადმყოფობა. მას შემდეგ, რაც მას შეატყობინეს, რომ იგი ფსიქიკურად დაავადებულად აღიარეს, მან უმალ დაიწყო უმძიმესი სიმპტომატიკის დემონსტრირება, რომელსაც მცირე ხნის მანძილზე ავლენდა განყოფილებაში. კომისიას მხედველობიდან არ გამორჩენია ის ფაქტიც, რომ გამოკვლეული პირი იმიტირებდა არა პათოლოგიურ სიმპტომებს, არამედ პრეპარატებით გამოწვეული გვერდით მოვლენებს, მიუხედავად იმისა, რომ რეალურად არცერთი მათგანი არ მიუღია.³⁹

პროფესორი მოროზოვი სამეცნიერო ნაშრომში „სასამართლო ფსიქიატრიის შესახებ“ (1989), აღნიშნავს ფსიქიკური დაავადების სიმულაციის შემდეგ თვისებებს:

1. სიმულაციით დაინტერესებულ პირთა ჩივილები განსაკუთრებული დაჟინებულობით გამოირჩევიან და გამოსაკვლევი პირი ცდილობს ექიმის წინაშე სიმპტომების დემონსტრირებას. ამავდროულად, როგორც კი შენიშნავს გამოსაკვლევი პირი პერსონალის მხრიდან მისკენ მიმართულ ყურადღებას, მაშინვე დემონსტრაციულად იწყებს საუბარს საკუთარ თავთან, დემონსტრაციულად მიმართავს პერსონალის წევრებს „მღევრებზე“ ჩივილებით და სთხოვს მათ სპეციალურ ჟურნალში გააკეთონ შესაბამისი ჩანაწერი, ან ამის შესახებ საქმის კურსში ჩააყენონ მკურნალი ექიმი.

³⁹ И. Зислин, В. Куперман, Симуляция психоза: семиотикаповедения, журнал «Русская литература и медицина» N 9/14 сентября 2006, ст. 305.

2. სიმულაციების დროს მრავლისმეტყველია „ჰალუცინაციებში“ დაშვებული შეცდომები სიმულაციით დაინტერესებული პირის მხრიდან. მაგალითად, ჰალუცინაციების დროს გამოსაკვლევი პირის სახის გამომეტყველება და ჟესტიკულაცია არის უჩვეულოდ მშვიდი, რაც არ ახასიათებს ჰალუცინატორულ განცდებს. ჭეშმარიტი ჰალუცინაციების დროს ე.წ. „ხმებთან საუბარი“ ფრაგმენტულია, სიმულაციით დაინტერესებული პირი კი წარმოადგენს მოკლე მონოლოგებს. ამ დროს ის სწრაფად იბნევა, ეფანტება ვერბალური პროდუქცია, მან არ იცის რა თქვას და ჩუმდება. საყურადღებოა ისიც, რომ სიმულაციით დაინტერესებულ პირს ხშირ შემთხვევაში ზოგადი წარმოდგენა აქვს ჰალუცინაციებზე და მას არ შეუძლია პასუხი გასცეს კონკრეტულ კითხვებს, ამიტომ იგი გაურბის კითხვებზე პასუხს, ან საერთოდ აცხადებს, რომ ამ თემაზე საუბრის გაგრძელება საერთოდ არ სურს.

3. ბოღვითი იდეების დროს სიმულირებით დაინტერესებული პირი გამოთქვამს „ბოღვით აზრებს“ სტერეოტიპულ ფორმაში წინანარ დაზუთხული ფორმულების სახით. არჩეული პათოლოგიური მოვლენის ბევრ დეტალს ადგილზე აზუსტებს. სიმულანტის ქცევა და აფექტური ფონი საკმაოდ დაშორებულია და არ შეესაბამება ერთმანეთს.

4. აღსანიშნავია, რომ სიმულაციით დაინტერესებული პირი ვერ ასახავს ჰალუცინატორულ-პარანოიდული სინდრომის მთლიან სტრუქტურას დინამიკაში (კანონზიმეირ მოძრაობაში). მისი აზრით, გარშემომყოფნი მასში უნდა ხედავდნენ გაქვავებულ, სტერეოტიპულ ქცევას. გამოსაკვლევი პირები არ გამოხატავენ ისეთ რეაქციებს, როგორცაა შიში და შფოთვა, რომლებიც უსათუოდ უნდა მოსდევდეს ბოღვასა და ჰალუცინაციებს.

5. ჭკუასუსტობით სიმულაციის დროს გამოსაკვლევი პირები თვალშისაცემად ხელოვნურად, უაზროდ პასუხობენ ელემენტარულ კითხვებს. დემონსტრაციულად უცნაურად იქცევიან საექიმო კომისიის წინაშე, თუმცა მათი გამოსაშკარავება ძალზე მარტივია მათი ქცევისა და საუბრის მიხედვით. კერძოდ, სიმულაციის ამ სახით დაინტერესებული პირი, ყოველთვის კონცენტრირებული და დაძაბულია, მათი რეაქცია თითქმის ყოველთვის მწვავეა და გაღიზიანებულობით

გამოირჩევა. სიმულაციის ამ ფორმისათვის საერთოდ არაა დამახსიათებელი ემპათია და ეიფორია, განსხვავებით ნამდვილი ქკუასუსტობისგან. „საჭიროა, საკმაოდ დიდი ქკუა, რომ ითამაშო სულელი,“ - ამ დასკვნამდე მივიდნენ ფსიქიატრები უკვე მე-19 საუკუნეში.

6. ფსიქომოტორული ალგზნების იმიტაციას სასამართლო ფსიქიატრიაში დიდი მნიშვნელობა არ ენიჭება, ვინაიდან ეს მდგომარეობები დიდ ემოციურ, ნებელობით და ფიზიკურ ძალებს მოითხოვს. მათი განსახიერებისას სიმულაციით დაინტერესებული პირი მალე იბნევა, იღლება და როლიდან იოლად „ამოვარდება“ ხოლმე. ამრიგად, მანიაკალური ალგზნებით, შეუჩერებელი ლაყობით, მუდმივად მოძრაობაში ყოფნით, უძილობითა და ა.შ. ხანგრძლივი თამაში თითქმის შეუძლებელია, თუმცაღა არსებობს გამონაკლისებიც.

7. სიმულაციით დაინტერესებული ზოგიერთი პირი დემონსტრირებს თავის „ემოციურ სიცივეს“ და შიზოფრენიის დეფექტისათვის დამახსიათებელ სხვა მსგავს მოვლენას. მაგალითად დემონსტრირებს აპათიას, გულგრილობას საკუთარი მომავლის და ბედის მიმართ, აცხადებს, რომ მისთვის ყველაფერი სულერთია, თუმცა სინამდვილეში ყურადღებით აკვირდება მის ირგვლივ შექმნილ ვითარებას, კომპეტენტური ადამიანების შეფასებას და შესამჩნევად ღელავს, როდესაც საუბარი ეხება მის მიერ ჩადენილ დანაშაულს. ასეთი პირი ცდილობს ექიმის ყურადღება მიიპყროს თავისი არაადექვატური ქცევით, დაჟინებით იმეორებს თავის სტერეოტიპულ ჩივილებს.

8. სიმულაციის საწყის პერიოდში დაინტერესებული პირის ქცევა ცვალებადია, რადგან მას გარკვეული დაბრკოლებები ხვდება წინ, შემდგომში კი მათი ქცევა გარკვეულ კალაპოტში ექცევა.⁴⁰

არიელ რეზნიკი (1994) აღნიშნავს, რომ სასამართლო ფსიქიატრიულ ექსპერტიზას უდიდესი პასუხისმგებლობა აკისრია ქეშმარტი დაავადების სიმულაციისგან განსასხვავებლად. თუმცა, გასათვალისწინებელია სიმულაციის მცდარი დიაგნოზის დასმის პოტენციური საფრთხეც.⁴¹

სწორედ ამ საფრთხეზე მოგვითხრობს Hay (1983) თვის კლასი-

⁴⁰ Г. Морозов, Судебная психиатрия, Т. 2, М. 1988, ст. 286-292.

⁴¹ Resnick, Journal of «Forensic psyvhiatry» 2001, vol. 12,2 600-601.

კურ ნაშრომში, სადაც ავტორი აღნიშნავს, რომ ხუთი შემთხვევიდან ოთხი სიმულაციად იყო მიჩნეული, სინამდვილეში კი სიმულაციის ნაცვლად ყველა შემთხვევაში შიზოფრენიით დაავადებას ჰქონდა ადგილი. მოცემულ მაჩვენებელს შემდეგი ახსნაც შეგვიძლია მოვუძებნოთ: ოთხმა გამოსაკვლევმა პირმა ისე ოსტატურად შეისწავლა ფსიქოტური სიმპტომები, რომ სიმულაციის დადგენა შეუძლებელი გახდა. ნაშრომში გადმოცემული მოსაზრებით, შესაძლო სიმულაციის დიაგნოსტიკა უნდა იქცეს სასამართლო ფსიქიატრიული კვლევის განუყოფელ ნაწილად და შესაბამის ფსიქომეტრულ ინსტრუმენტებს უნდა შეიცავდეს სტრუქტურული მიდგომის ფარგლების გამოყენებისას. ამ მეთოდით ხელმძღვანელობისას, კვლევის მიხედვით, მოგვეცემოდა სიმულაციის სწრაფად და უტყუარად დადგენის საშუალება. გარდა ამისა, საჭირო აღარ იქნებოდა სტაციონარში გამოსაკვლევი პირის ხანგრძლივად დაყოვნება, რაც ხსენებული მეთოდის უპირატესობაზე მიუთითებს.⁴²

⁴² Hay PJ, Sachdev PS, Cummings S, et (1993) treatment of obsessive-compulsive disorder by psychosurgery. *acta psychiatric, scandinavica*, 87, 197-207.

ზურაბ გოგშელიძე

ივ. ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის დოქტორანტი

მცდელობის საკითხი არაპირდაპირი განზრახვით ჩადენილ დანაშაულში

I. მოსაზრებები არაპირდაპირი განზრახვით ჩადენილ დანაშაულში მცდელობის შესაძლებლობაზე

იურიდიულ ლიტერატურაში სადავოა საკითხი, შესაძლებელია თუ არა მცდელობა არაპირდაპირი განზრახვით ჩადენილ დანაშაულში. ამ საკითხის გადაწყვეტას არა მარტო მეცნიერული, არამედ დიდი პრაქტიკული მნიშვნელობა აქვს, რადგანაც დაკავშირებულია ქმედების დანაშაულად სწორ კვალიფიკაციასთან.

ქართველ მეცნიერთა უმრავლესობა (თ. წერეთელი, ო. გამყრელიძე, გ. ნაჭყებია, ქ. მჭედლიშვილი-ჰედრისი, გ. მამულაშვილი, ნ. თოდუა, ი. დვალიძე და სხვები) იზიარებენ მოსაზრებას, რომლის მიხედვითაც მცდელობა შესაძლებელია მხოლოდ პირდაპირი განზრახვით ჩადენილ დანაშაულში.¹

ქართველ მეცნიერთა ნაწილი კი მხარს უჭერს ევენტუალური განზრახვით დანაშაულის მცდელობის შესაძლებლობას. მოცემული მოსაზრება სხვადასხვა არგუმენტებით არის გამყარებული.

სანამ მომხრეთა და მოწინააღმდეგეთა შეხედულებების განხილვაზე გადავიდოდეთ, მიზანშეწონილად მიმაჩნია, დასმული პრობლე-

¹ შეად. თ. წერეთელი, სისხლის სამართლის პრობლემები, ტომი პირვ., თბ. 2007, გვ. 486-492; ო. გამყრელიძე, სისხლის სამართლის პრობლემები, ტომი მე-3, თბ. 2013, გვ. 244-246; გ. ნაჭყებია, ქმედების დანაშაულად კვალიფიკაციის ზოგადი თეორია, თბ. 2010, გვ. 226-234; ქ. მჭედლიშვილი-ჰედრისი, სისხლის სამართლის ზოგადი ნაწილი, დანაშაულის გამოვლინების ცალკეული ფორმები, თბ. 2011, გვ. 70-84; გ. მამულაშვილი, წიგნში: სისხლის სამართლის კერძო ნაწ., წიგნი პირვ., რედ. გ. მამულაშვილი, მ. თოდუა, თბ. 2019, გვ. 181-188; ნ. თოდუა, წიგნში: სისხლის სამართლის კერძო ნაწ., წიგნი პირვ., რედ. გ. მამულაშვილი, მ. თოდუა, თბ. 2019, გვ. 50; 117; 138; ი. დვალიძე, წიგნში: სისხლის სამართლის ზოგადი ნაწილი, სახელმძღვანელო, რედ. გ. ნაჭყებია, ი. დვალიძე, თბ. 2007, გვ. 148.

მის ანალიზი უფრო შორიდან დავინყო. კერძოდ, არაპირდაპირი განზრახვის შესაძლებლობა დაუეკავშიროთ დანაშაულის განვითარების არა მხოლოდ მცდელობას, არამედ სხვა დაუმთავრებელ სტადიებს. ესენია: განზრახვის აღმოცენება, მისი გამჟღავნება და დანაშაულის მომზადება. აქედან ზოგიერთი არაა დასჯადი სტადია (განზრახვის აღმოცენება და მისი გამჟღავნება), ხოლო მომზადება, მთელ რიგ ქვეყანაში (მათ შორის, საქართველოშიც) დასჯადია. ამ სტადიებიდან ჩვენთვის ამჟამად საინტერესოა იმ სტადიების განხილვა, რაზეც იურიდიულ ლიტერატურაში არაპირდაპირ განზრახვასთან მიმართებაში ყურადღება არაა გამახვილებული.

კერძოდ, არავინ სვამს საკითხს: რამდენადაა შესაძლებელი, ზემოთ ჩამოთვლილი სტადიები ჩადენილ იქნეს არაპირდაპირი განზრახვით?

დავინწყით პირველი სტადიით - შესაძლებელია თუ არა დანაშაულის ჩადენის შესახებ განზრახვის გამოუმჟღავნება ჩადენილ იქნეს არაპირდაპირი განზრახვით?

მაგალითი: ტელევიზორის წინ ტახტზე დამონოლილმა ა-მ გადანწყვიტა, საღამო ხანს, რუსთაველის გამზირზე გამოიტანოს თავისი სანადირო თოფი და მისი ვარგისიანობის შემონიშნების მიზნით, ტყვია გაისროლოს რომელიმე ყრუ კედლის მიმართულებით. რა თქმა უნდა, ა-ს გაცნობიერებული აქვს, რომ მის მიერ ჩაფიქრებული ეს ქმედება მართლსაწინააღმდეგოა. ასევე ითვალისწინებს იმას, რომ ამ ქმედებამ შესაძლოა, გამოიწვიოს მართლსაწინააღმდეგო შედეგი (მათ შორის, ქუჩაში მყოფი რომელიმე მოქალაქის სიკვდილიც კი), რაც არ სურს, მაგრამ გულგრილია ამ შედეგის მიმართ.

საკითხავია: თუ შეიძლება ეს ფაქტი შეფასდეს, როგორც მკვლევლობის განზრახვის აღმოცენება (განზრახვი დანაშაულის პირველი, არადასჯადი სტადია)?

პასუხი ცალსახაა: რასაკვირველია - არა. საქმე ისაა, რომ ა-ს აღმოუცენდა არა მკვლევლობის, არამედ იარაღის ისეთ ვითარებაში გამოცდის განზრახვა, რაც საფრთხეს შეუქმნის ადამიანის სიცოცხლეს.

მაგალითი ასეთნაირად გავაგრძელოთ: რამდენიმე წუთში ა-ს დაურეკა მისმა მეგობარმა და შესთავაზა კაფეში წასვლა. ა-მ უთხრა,

რომ ვერ წამოვიდოდა, რადგან ამ სალამოს იარაღის გამოცდა ჰქონდა დაგეგმილი. კერძოდ, უნდა გასულიყო რუსთაველის გამზირზე, თან წაეღო სანადირო თოფი და რომელიმე ყრუ კედლის მიმართულებით განეხორციელებინა რამდენიმე გასროლა.

საკითხავია: თუ შეიძლება ეს ფაქტი შეფასდეს როგორც მკვლელობის განზრახვის გამომჟღავნება?

პასუხი აქაც ცალსახაა: რასაკვირველია - არა. საქმე ისაა, რომ ა-მ თავის მეგობართან გამოამჟღავნა არა მკვლელობის, არამედ იარაღის ისეთ ვითარებაში გამოცდის განზრახვა, რაც საფრთხეს შეუქმნის ადამიანის სიცოცხლეს.

მაგალითი კიდევ გავაგრძელოთ: სალამო ხანს, ა-მ მართლაც გაიტანა რუსთაველის გამზირზე ეს იარაღი, რათა განეხორციელებინა რამდენიმე გასროლა. იგი დადგა ერთ-ერთ ყრუ კედელთან და ჩანთიდან ამოიღო იარაღი, რათა განეხორციელებინა გასროლა.

საკითხავია: თუ შეიძლება ეს ქმედება შეფასდეს, როგორც მკვლელობის მომზადება (ანუ მკვლელობის ჩასადენად პირობების განზრახ შექმნა)?

პასუხი კვლავ ცალსახაა: რასაკვირველია - არა. საქმე ისაა, რომ ა-მ პირობები განზრახ შექმნა არა მკვლელობისათვის, არამედ იარაღის ისეთ ვითარებაში გამოცდისათვის, რაც საფრთხეს შეუქმნიდა ადამიანის სიცოცხლეს.

ყველაფერი ეს რომ მართლაც ასეა, იმდენად ნათელია, რომ მასზე იურიდიულ ლიტერატურაში არავინ დავობს. არც სასამართლო პრაქტიკაში ფიქსირდება მაგალითი, როცა მაგავსი შემთხვევა მკვლელობის მომზადებად დაკვალიფიცირებულიყო.

დოქტრინაში და პრაქტიკაში პრობლემურია მხოლოდ მცდელობის საკითხი არაპირდაპირი განზრახვისას.

შესაბამისად, საინტერესოა, როგორ ასაბუთებენ მცდელობის შესაძლებლობას არაპირდაპირი განზრახვისას?

ამ მხრივ მოყვანილია შემდეგი არგუმენტი:

კანონმდებელი მომზადების და მცდელობის დეფინიციისას სისხლის სამართლის კოდექსის მე-18 და მე-19 მუხლის ნაწილებში მხოლოდ მომზადების და მცდელობის განზრახ ჩადენაზე საუბრობს, მა-

გრამ განზრახვის სახეს არ აკონკრეტებს; კანონმდებელი ევენტუალური განზრახვით მცდელობას შეუძლებლად რომ თვლიდეს, იგი ამას კანონში სპეციალურად გაითვალისწინებდა.²

მე-19 მუხლის ისტორიულ განმარტებას ევენტუალური განზრახვით მცდელობამდე მივყავართ, რადგან კანონმდებელმა დათქმა იმისა, რომ მცდელობა მხოლოდ პირდაპირი განზრახვითაა შესაძლებელი, ამ მუხლის პროექტიდან ამოიღო;³

ქართველი მეცნიერ-იურისტების პოზიციას ევენტუალური განზრახვით მცდელობის შეუძლებლობისა და სსკ 127-ე და 128-ე მუხლების ინტერპრეტაციასთან დაკავშირებით აქვს თეორიული დასაბუთება, მაგრამ დოგმატური და პრაგმატული თვალსაზრისით, უფრო მისაღებია ის პოზიცია, რომელიც კონტინენტალური ევროპის არაერთი ქვეყნის სისხლის სამართალში არის გაბატონებული;⁴

როგორც პირდაპირი, ასევე ევენტუალური განზრახვისას პირის ქმედება მიმართულია შედეგისაკენ, რადგან ორივე შემთხვევაში შედეგის ნებელობა გვაქვს. ე.ი. ევენტუალური განზრახვა ქმედების და შედეგის ნებელობაა; მართალია, კანონმდებელი ევენტუალური განზრახვისას შედეგისადმი სურვილის არარსებობაზე მიუთითებს, მაგრამ ერთმანეთისაგან უნდა გავმიჯნოთ დესკრიფციულ-ფსიქოლოგიური სურვილი და „ნორმატიული სურვილი“. პირს ევენტუალური განზრახვის დროს ეს დესკრიფციულ-ფსიქოლოგიური სურვილი არ აქვს, მაგრამ მას აქვს „ნორმატიული სურვილი“. ვისაც დანაშაულის ჩადენის ნება, ანუ „ნორმატიული სურვილი“ აქვს და შედეგს ვერ აღწევს, მცდელობისათვის უნდა დაისაჯოს;⁵

მსოფლიოს ისეთი ქვეყნები, როგორცაა გერმანია, შვეიცარია, ავსტრია და ა.შ. ევენტუალური განზრახვით მცდელობას აღიარებენ და დოგმატიკაში მისი შეუძლებლობის შესახებ რაიმე სერიოზული

² შეად. მ. ტურავა, სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილის მიმოხილვა, თბ. 2013, გვ. 139.

³ იხ. მ. ტურავა, იქვე.

⁴ იხ. მ. ტურავა, სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილის მიმოხილვა, მეცხრე გამოცემა, თბ. 2013, გვ. 137.

⁵ იხ. მ. ტურავა, დასახ. ნაშრ., გვ. 140.

დისკუსია არ არსებობს;⁶

შემდეგი არგუმენტი არაპირდაპირი განზრახვით დანაშაულის მცდელობის შესაძლებლობისა, გახლავთ ის, რომ, რადგან თავის დროზე საქართველოს სსკ 127-ე მუხლი (საშიში მდგომარეობაში ჩაყენება) შვეიცარიის სსკ 129-ე მუხლის (სიცოცხლისათვის საშიშ მდგომარეობაში ჩაყენება) ზეგავლენით შეიქმნა, ქართული ნორმა შვეიცარიის სსკ 129-ე მუხლის მსგავსად უნდა განვმარტოთ. ეს მუხლი შვეიცარიის მსგავსად მხოლოდ მაშინ უნდა გამოვიყენოთ, როდესაც პირს შედეგის მიმართ ევენტუალური განზრახვა კი არა, არამედ გაუფრთხილებლობა ამოძრავებს. ქართულმა სისხლის სამართალმა უნდა გაიზიაროს შვეიცარიაში გაბატონებული მოსაზრება იმის შესახებ, რომ შედეგის მიმართ ევენტუალური განზრახვის არსებობისა და შედეგის დაუდგომლობისას პირი ევენტუალური განზრახვით მცდელობისათვის უნდა დაისაჯოს.⁷

საქართველოში მეცნიერთა სხვა ნაწილიც მხარს უჭერს მოსაზრებას, რომ მცდელობა შესაძლებელია არა მარტო პირდაპირი, არამედ არაპირდაპირი განზრახვით ჩადენილ დანაშაულშიც.⁸

ქართველ მეცნიერთა უმრავლესობა კი, როგორც უკვე აღინიშნა, არ იზიარებს ამ მოსაზრებას და ზემოთ მოყვანილ არგუმენტებს შემდეგნაირად აბათილებს:

მიზანი მცდელობის დამფუძნებელი ელემენტია, ევენტუალური განზრახვით ჩადენილი ქმედება კი არაა გამიზვნითი;

უფრო მეტიც, კანონმდებელი ევენტუალურ განზრახვის განმარტებისას სსკ მე-9 მუხლის მე-3 ნაწილში სურვილის არქონაზე მიუთითებს. შეუძლებელია პირს არ ჰქონდეს სურვილი და ქმედების განხორციელებას ცდილობდეს;

ამასთანავე, რადგანაც მიზანი მხოლოდ პირდაპირი განზრახვის შემადგენელი ნაწილია, ამიტომ მომზადება და მცდელობა მხოლოდ პირდაპირი განზრახვით შეიძლება;⁹

⁶ შეად. მ. ტურავა, დასახ. ნაშრ., გვ. 136-142.

⁷ შეად. მ. ტურავა, დასახ. ნაშრ., გვ. 137-138.

⁸ იხ. ლ. ხარანაული, დაუმთავრებელი დანაშაულის დასჯადობა ქართული და გერმანული სისხლის სამართლის მიხედვით, თბ. 2014, გვ. 144-155.

⁹ ქ. მჭედლიშვილი-ჰედრიხი, ნიგნში: სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილი,

სსკ მე-19 მუხლის 1-ლ ნაწილში გათვალისწინებულ მცდელობას კანონმდებელი განმარტავს, როგორც დანაშაულის ჩასადენად „უშუალოდ მიმართულ ქმედებას“. ტერმინი „უშუალოდ მიმართული“ მხოლოდ პირდაპირ განზრახვას გულისმობს. ევენტუალური განზრახვისას პირის ქმედება მიმართული არაა დანაშაულებრივი შედეგის განხორციელებისაკენ. ე.ი. მცდელობა მიზანმიმართული ქმედებაა, ევენტუალური განზრახვისას კი პირი თავისი ქმედებით საფრთხეს კი ქმნის, მაგრამ ამის შემდეგ იგი მოვლენათა მიმდინარეობას „ბრმა კაუზალურ პროცესს“ ანდობს;¹⁰

ევენტუალური განზრახვით მცდელობის შეუძლებლობას ევენტუალური განზრახვით მომზადების შეუძლებლობაც ადასტურებს. პირი ვერ მოამზადებს დანაშაულს, ვერ შექმნის პირობებს მის ჩასადენად, თუ იგი გამიზნით არ მოქმედებს. გამიზნა კი მხოლოდ პირდაპირი განზრახვისას არსებობს;¹¹

გასაზიარებელია იურიდიულ ლიტერატურაში გამოთქმული შემდეგი მოსაზრება: არგუმენტად არ გამოდგება ის, რომ ევენტუალური განზრახვა დესკრიფციულ-ფსიქოლოგიური სურვილის არარსებობითა და „ნორმატიული სურვილის“ არსებობით ხასიათდება. საკითხისადმი ამგვარი მიდგომა ნორმატივიზმის უკიდურესი გამოვლინებაა, რადგან ევენტუალური განზრახვის საკანონმდებლო ცნებაში სურვილის არქონა შეუძლებელია განიმარტოს როგორც სურვილის არსებობა.¹²

ზემოხსენებულ არგუმენტირებულ მოსაზრებას უნდა დავამატოთ შემდეგი:

სახელმძღვანელო, რედ. გ. ნაჭყებია, ნ. თოდუა, თბ. 2019, მე-4 გამოცემა, გვ. 373-374; 381-382; ი. დვალიძე, წიგნში: სისხლის სამართლის ზოგადი ნაწილი, სახელმძღვანელო, რედ. გ. ნაჭყებია, ი. დვალიძე, თბ. 2007, გვ. 170.

¹⁰ თ. წერეთელი, სისხლის სამართლის პრობლემები, თბ. 2007, გვ. 487-488; გ. მამულაშვილი, წიგნში: სისხლის სამართლის კერძო ნაწ., წიგნი პირვ., რედ. გ. მამულაშვილი, ნ. თოდუა, თბ. 2019, გვ. 182.

¹¹ ქ. მჭედლიშვილი-ჰედრიხი, სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილი, დანაშაულის გამოვლინების ცალკეული ფორმები, თბ. 2011, გვ. 70-84.

¹² შეად. ქ. მჭედლიშვილი-ჰედრიხი, წიგნში: სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილი, სახელმძღვანელო, რედ. გ. ნაჭყებია, ნ. თოდუა, თბ. 2019, მე-4 გამოცემა, გვ. 381.

სურვილის ფსიქოლოგიურ განმარტებასთან ერთად რეალურად რომ არსებობდეს სურვილის ნორმატიული განმარტება, მაშინ კანონმდებელი არაპირდაპირი განზრახვის ცნებაში მის ნორმატიულ განმარტებას დააფიქსირებდა და არა ფსიქოლოგიურს, ვინაიდან სისხლის სამართლის კოდექსი ნორმატიული აქტების სისტემაა.

ამდენად, თუკი გავიზიარებთ მოსაზრებას, რომ სურვილის ფსიქოლოგიურ ცნებასთან ერთად არსებობს მისი ნორმატიული ცნებაც, **მივიღებთ შემდეგ ვითარებას:** ა) ამგვარი არჩევანის მიუხედავად, კანონმდებელს კანონში ჩაუნერია სურვილის არა ნორმატიული, არამედ ფსიქოლოგიური ცნება; ბ) საკანონმდებლო ჩანაწერი „არ სურს“ თურმე ნიშნავს მის საპირისპიროს - „სურს“; გ) თურმე „არა“ შეიძლება ნიშნავდეს „კი“-ს, ანუ მინუსი შეიძლება უდრიდეს პლუსს, რაც შეუძლებელია.¹³

ევენტუალური განზრახვის მცდელობის შეუძლებლობაზე მიგვანიშნებს საქართველოს სსკ 127-ე და 128-ე მუხლებიც - სიცოცხლისათვის საშიშ მდგომარეობაში ჩაყენება და განსაცდელში მიტოვება, რომელთა შემოღებითაც ევენტუალური განზრახვით მცდელობის შეუძლებლობით შექმნილ ხარვეზს კანონმდებელი ამ მუხლებით, სპეციალური კონკრეტული საფრთხის დელიქტებით (*delictum sui generis*) ავსებს.¹⁴

ეს მოსაზრება რომ მართებულია, ამის ნათელსაყოფად **მოვიყვანოთ შემდეგი მაგალითი:** საღამო ხანს, დედამ, ტანსაცმელში გახვეული ახალშობილი დატოვა ერთ-ერთი კორპუსის ეზოში იმ დროს, როდესაც არავინ იმყოფებოდა და თავად კი გაიქცა. დედას გაცნობიერებული ქონდა, რომ სიცოცხლისათვის საშიშ მდგომარეობაში ჩააყენა შვილი. ამასთანავე იგი არავისზე და არაფერზე ამყარებდა იმედს, რადგან საღამო ხანი იყო და ირგვლივ არავინ ჩანდა. გამომდინარე აქედან, მას გაცნობიერებული ჰქონდა, რომ შესაძლოა ბავშვი არავის ენახა და მძიმე შედეგი დამდგარიყო, რაც არ სურდა. თუმცა მასში იმდენად

¹³ იხ. ნ. თოდუა, წიგნი: სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილი, სახელმძღვანელო, რედ. გ. ნაჭყებია, ნ. თოდუა, მე-4 გამოცემა, თბ. 2019, გვ. 270-271.

¹⁴ იხ. თ. წერეთელი, სისხლის სამართალი პრობლემები, ტომი პირველი, თბ. 2007, გვ. 490; ქ. მჭედლიშვილი-ჰედრიხი, წიგნი: სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილი, სახელმძღვანელო, რედ. გ. ნაჭყებია, ნ. თოდუა, მე-4 გამოცემა, თბ. 2019, გვ. 381.

დიდი იყო ჩვილის თავიდან მოშორების სურვილი, რომ შეგნებულად დაუშვა ასეთი შედეგი. შეუძლებელია დედის ეს ქმედება შევაფასოთ, როგორც არასრულწლოვნის მკვლელობის მცდელობა (სსკ 19, 109 მუხლი). სახეზეა სიცოცხლისათვის საშიშ მდგომარეობაში ჩაყენების კლასიკური შემთხვევა (სსკ 127-ე მუხლი).

არაპირდაპირი განზრახვით მცდელობის შესაძლებლობას **ასევე არ უჭერს მხარს** სამართლის დოქტორი თ. ცქიტიშვილი. მას თავისი პოზიციის გასამყარებლად მოყვანილი აქვს სხვადასხვა მეცნიერთა მოსაზრებები. ასევე გაკრიტიკებული აქვს სხვადასხვა სამართლებრივი თეორიები, რომლის მიხედვითაც საუბარია დანაშაულის მცდელობის შესაძლებლობაზე ევენტუალური განზრახვით.

თ. ცქიტიშვილს თავის ნაშრომში მოყვანილი აქვს დ. ზაუერის მოსაზრება, სადაც ნათქვამია, რომ განზრახვის ცნება უნდა შეიზღუდოს და ევენტუალური განზრახვა განზრახვის ფორმებიდან გამოირიცხოს.¹⁵

ამ მოსაზრებიდან იკვეთება თავად ზაუერის პოზიცია არაპირდაპირი განზრახვით დანაშაულის მცდელობის შესაძლებლობის საკითხისადმი. როდესაც იგი აღნიშნავს, რომ არაპირდაპირი განზრახვა უნდა იქნას განზრახვის ფორმებიდან გამოირიცხული, ეს მიგვანიშნებს იმაზე, რომ იგი მხარს არ უჭერს ევენტუალური განზრახვით დანაშაულის მცდელობის შესაძლებლობას.

ზაუერის მოსაზრებით, დასჯადობასთან დაკავშირებული ის ხარვეზი, რომელიც ევენტუალური განზრახვის, როგორც განზრახვის ფორმის, უარყოფის შედეგად წარმოიშობა, შედეგით კვალიფიცირებულ შემადგენლობათა არსებობით უნდა შეივსოს.¹⁶

ზემოხსენებული ნააზრებიდან თვალნათლივ იკვეთება ზაუერის მართებული პოზიცია განსახილველ საკითხთან (არაპირდაპირი განზრახვით დანაშაულის მცდელობის შეუძლებლობა) დაკავშირებით. მეცნიერი აღნიშნავს, რომ ხარვეზი, რომელიც შეიძლება წარმოიშვას არაპირდაპირი განზრახვის განზრახვის ფორმიდან უარყოფის შემ-

¹⁵ თ. ცქიტიშვილი, ადამინის სიცოცხლის და ჯანმრთელობისთვის საფრთხის შემქმნელი დელიქტები, თბ. 2015, გვ. 241.

¹⁶ იხ. თ. ცქიტიშვილი, დასახ. ნაშრ., გვ. 241.

თხვევაში, შევსებული უნდა იყოს საფრთხის შემქმნელი დელიქტების მეშვეობით, ხოლო ქმედება კი დამდგარი შედეგის მიხედვით უნდა დაკვალიფიცირდეს.

გასაზიარებელია სამართლის დოქტორი თ. ცქიტიშვილის მოსაზრება, რომელიც აღნიშნავს, რომ მეცნიერებაში გამოთქმული მოსაზრებით, რომლის მიხედვითაც ევენტუალური განზრახვის დროს დამნაშავე სამართლებრივი სიკეთის ხელყოფის გადანყვეტილებით მოქმედებს, არასწორად უნდა ჩაითვალოს.¹⁷

იგი თავის ნაშრომში ასევე აღნიშნავს, რომ ევენტუალური განზრახვის დროს, როცა მოქმედი პირი სამართლებრივი სიკეთის ხელყოფის თავიდან აცილების შესაძლებლობის გაცნობიერებით მოქმედებს, ვერ ვიტყვით, რომ მას გადანყვეტილი აქვს ამ სიკეთის ხელყოფა. ხშირად ადამიანი არასასურველ გადანყვეტილებასაც იღებს, მაგრამ განსახორციელებელი ქმედების და, შესაბამისად, მოსალოდნელი შედეგის აუცილებლობის შეგნებით. ასეთ დროს მოქმედ პირს არ გააჩნია გამოკვეთილი სურვილი გარკვეული ქმედების განხორციელების და შედეგის დადგომის, მაგრამ ამ ქმედებას მაინც ახორციელებს და შედეგის დადგომის გარდუვალობასაც აცნობიერებს, რამდენადაც იგი, გარკვეული გარემოებიდან გამომდინარე, აუცილებლად და საჭიროდ მიაჩნია. ეს მდგომარეობა არ გამოხატავს იმ ვითარებას, როცა ადამიანი ევენტუალური განზრახვით მოქმედებს. იგი უფრო მეტად განზრახვის იმ ფორმას შეესატყვისება, რომელსაც სისხლის სამართლის მეცნიერებაში მეორე ხარისხის პირდაპირი განზრახვის სახელწოდებით მოიხსენიებენ.¹⁸

მოცემულ საკითხთან დაკავშირებით **განსხვავებული მოსაზრება აქვს** სამართლის დოქტორ ლ. ხარანაულს. მას თავისი პოზიციის გასამყარებლად მოყავს არაერთი არგუმენტი და ცდილობს დაასაბუთოს, რომ ევენტუალური განზრახვით დანაშაულის მცდელობა შესაძლებელია. კერძოდ, თავის ნაშრომში მოყვანილი აქვს შემდეგი მაგალითი:

ა. და ც-მ ერმანეთისაგან დამოუკიდებლად ესროლეს კურდღელს. ორივე დამნაშავე გულგრილად ეკიდებოდა იმ ფაქტს, რომ

¹⁷ იხ. იქვე.

¹⁸ იხ. თ. ცქიტიშვილი, დასახ. ნაშრ. გვ. 241.

ტყვიამ შესაძლებელია ბ-ს სიცოცხლე იმსხვერპლოს, ე.ი. ორივე მოქმედებს ევენტუალური განზრახვით ბ-ს სიცოცხლის მიმართ. მართლაც, ორივეს გასროლილი ტყვია მოხვედბა ბ-ს და მოკლა იგი, მაგრამ ექსპერტიზამ ვერ დაადგინა, ვისი იარაღიდან გასროლილმა ტყვიამ გამოიწვია მისი სიკვდილი. ისმის კითხვა: თუ როგორ უნდა შეფასდეს ა-ს და ც-ს ქმედებები?¹⁹

უნდა აღინიშნოს, რომ მოცემულ შემთხვევაში ეს პირები დამთავრებული დანაშაულისთვის ვერ დაისჯებიან. მეცნიერთა ის ნაწილი კი, რომელიც არაპირდაპირი განზრახვით დანაშაულის მცდელობის მომხრეა, მხარს დაუჭერს ამ პირთა პასუხისმგებლობას მკვლელობის მცდელობისათვის (სსკ-ის 19, 108-ე მუხლი).

რაც შეეხება ჩემს პოზიციას, მოცემული ქმედება უნდა დაკვალიფიცირდეს სსკ 127-ე მუხლით (სიცოცხლისათვის სამიმ მდგომარეობაში ჩაყენება) და სწორედ ამ მუხლის ფარგლებში უნდა მოხდეს პირისთვის სასჯელის დანიშვნა.

ზემოხსენებული პოზიცია გაკრიტიკებული აქვს ლ. ხარანაულს. იგი აღნიშნავს, რომ სსკ 127-ე მუხლით კვალიფიკაციის შემთხვევაში, სასჯელი ითვალისწინების ჯარიმას, ან თავისუფლების აღკვეთას ორ წლამდე ვადით. სწორედ დაბალი სასჯელი გახლავთ მისთვის პრობლემური საკითხი. ხელყოფილია ადამიანის სიცოცხლე და დანაშავეებს 2 წლამდე თავისუფლების აღკვეთა ელით.²⁰

უნდა აღინიშნოს, რომ სსკ 127-ე მუხლით გათვალისწინებული სასჯელის სიმსუბუქე ვერ ჩაითვლება იმის არგუმენტად, რომ ამგვარი შემთხვევის დროს გამოსავალია დანაშაულის მცდელობის შესაძლებლობის აღიარება არაპირდაპირი განზრახვისას, რათა პირებს შეეფარდოთ უფრო მკაცრი სასჯელი. პირიქით, სასჯელთან დაკავშირებით დასმული პრობლემა უნდა გადაწყდეს სსკ 127-ე მუხლის სანქციის გამკაცრებით და არა არაპირდაპირი განზრახვისას მცდელობის აღიარებით.

ამდენად, ზომოხსენებული არგუმენტის გაზიარება მიუღებელია

¹⁹ იხ. ლ. ხარანაული, დაუმთავრებელი დანაშაულის დასჯადობა ქართული და გერმანული სისხლის სამართლის მიხედვით, წიგნი II, თბ. 2014, გვ. 156.

²⁰ იხ. ლ. ხარანაული, დასახ. ნაშრ., იქვე.

შემდეგი მიზეზების გამო:

1. შესაძლებელია სსკ 127-ე მუხლის სანქცია მართლაც იყოს არაპროპორციული ამ მუხლით გათვალისწინებული ქმედების საშიშროებასთან და ეს საკითხი უკვე დასმულია. კერძოდ, იუსტიციის სამინისტროსთან არსებულმა სისხლის სამართლის კანონმდებლობის საკოორდინაციო საბჭომ მიიღო გადაწყვეტილება სსკ 127-ე მუხლი გახდეს ორ ნაწილიანი და შესაბამისად სასჯელებიც გაიზარდოს.²¹

2. ის ფაქტი, რომ სსკ 127-ე მუხლის სანქცია შესაძლოა არ იყოს პროპორციული სიცოცხლისათვის საშიშ მდგომარეობაში ჩაყენების სოციალურ საშიშროებასთან, არ გვაძლევს იმის საფუძველს, ვაღიაროთ მცდელობის შესაძლებლობა არაპირდაპირი განზრახვის დროს. წინააღმდეგ შემთხვევაში გამოვა, რომ კანონმდებლის მიერ დაშვებულ ამ ხარვეზს სასჯელთან მიმართებაში საკუთარ თავზე იღებს სამართალშემფარდებელი (მაგ. სასამართლო) და სსკ 127-ე მუხლის გამოყენებაზე უარის თქმით ცდილობს ამ ხარვეზის შევსებას პირის საზიანოდ, რისი უფლებაც მას არ აქვს.

3. გამოდის, რომ თუკი სსკ 127-ე მუხლის სანქცია იქნებოდა გაცილებით მკაცრი, მაშინ ამ მოსაზრების ავტორი შესაძლებლად ჩათვლიდა ქმედების კვალიფიკაციას ამ მუხლით და აუცილებლად არ მიიჩნევდა მკვლელობის მცდელობად მის კვალიფიკაციას, რითაც იგი უნებურად ეწინააღმდეგება საკუთარ თავს.

4. არ უნდა დაგვავიწყდეს, რომ ცალკეულ შემთხვევაში სასამართლოს შეუძლია საკანონმდებლო ხარვეზი შეავსოს მხოლოდ პირის სასარგებლოდ (ანალოგია პირის სასარგებლოდ, ანდა ნორმის გამოყენება *contra legem*), მაგრამ არა მის საზიანოდ.²²

ლ. ხარანაულს თავისი პოზიციის გასამყარებლად მოყვანილი აქვს შემდეგი მაგალითი:

²¹ იხ. საქართველოს კანონისპროექტი - „საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსი“ ცვლილების შეტანის თაობაზე მაცნე ვებგვერდი: <https://matsne.gov.ge/ka/document/view/2383542> პროექტის 127-ე მუხლის რედაქცია.

²² ნორმის განმარტების შესახებ იხ. გ. ხუბუა, სამართლის თეორია, თბ. 2004 გვ. 148-164; გ. ნაჭყებია, ნ. თოდუა, წიგნში: სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილი, სახელმძღვანელო, რედ. გ. ნაჭყებია, ნ. თოდუა, მე-4 გამოცემა, თბ. 2019, გვ. 84-90.

ა-ს და ც-ს მიერ ნასროლმა ტყვიამ იმსხვერპლა ბ. განსხვავებით ა-სგან, ც-ს არ სურდა ბ-ს მოკვლა, არამედ შეგნებულად უშვებდა შედეგის დადგომას. ექსპერტიზამ ვერ დაადგინა, ვის მიერ ნასროლმა ტყვიამ იმსხვერპლა ბ. მონინაალმდეგეთა პოზიციის თანახმად, ა-ს ქმედება *in dubio pro reo*-ს ფარგლებში შეფასდება განზრახ მკვლელობის მცდელობად, ხოლო ც-ს ქმედება მკვლელობის მცდელობად ვერ დაკვალიფიცირდება, რადგან იგი მოქმედებდა არაპირდაპირი განზრახვით. მაშინ გამოდის, რომ ც უნდა დაისაჯოს ისევ და ისევ სსკ 127-ე მუხლის საფუძველზე. მაშინ, როდესაც სრულებით შესაძლებელია მისი იარაღიდან გასროლილი ტყვია გამხდარიყო ბ-ს სიკვდილის გამონწვევის მიზეზი.²³

ასეთ შემთხვევებში, დანაშაულებრივი ქმედების შეფასება სიცოცხლისათვის საშიშ მდგომარეობაში ჩაყენების მუხლით (სსკ 127-ე მუხლი) არ იქნება მართებული, ვინაიდან კანონის ისტორიული ნება მონშობს ამ ნორმის გამოყენების აუცილებლობას მხოლოდ მაშინ, როდესაც სამართლებრივი სიკეთე აღმოჩნდება სიცოცხლისათვის საშიშ ვითარებაში. მაგრამ თუკი სამართლებრივი სიკეთე ობიექტურად უკვე აღარ არსებობს, ანუ უკვე ხელყოფილია, მაშინ გამოდის, რომ სსკ 127-ე მუხლი არ უნდა იქნას გამოყენებული. ასეთი შეფასება ეფუძნება არამარტო კანონმდებლის ისტორიულ ნებას, არამედ, აგრეთვე, ნორმის ტელეოლოგიურ ახსნა-განმარტებას.²⁴

ვფიქრობ, აღნიშნული მოსაზრების გაზიარება შეუძლებელია, რადგან: კანონმდებლის ისტორიული ნება სსკ 127-ე მუხლის შემოღებით ამ ნორმის გამოყენების აუცილებლობისკენ მიმართულია რამდენიმე შემთხვევაში: ა) როდესაც სიცოცხლისათვის საშიშ მდგომარეობაში ჩაყენებას არ მოჰყოლია მართლსაწინააღმდეგო შედეგი და ბ) როდესაც საშიშ მდგომარეობაში ჩაყენებული პირი (მაგალითად, ეზოში მიტოვებული ბავშვი) გარდაიცვალა, მაგრამ ვერ დადგინდა მიზეზობრივი კავშირი დამდგარ შედეგსა და სიცოცხლისათვის საშიშ

²³ იხ. ლ. ხარანაული, დაუმთავრებელი დანაშაულის დასჯადობა ქართული და გერმანული სისხლის სამართლის მიხედვით, წიგნი II, თბ. 2014, გვ. 156-157.

²⁴ იხ. ლ. ხარანაული, დაუმთავრებელი დანაშაულის დასჯადობა ქართული და გერმანული სისხლის სამართლის მიხედვით, წიგნი II, თბ. 2014, გვ. 157.

მდგომარეობაში ჩაყენების ფაქტს შორის.²⁵

მოვიყვანოთ შესაბამისი მაგალითი: დედამ მცირეწლოვანი ბავშვი ეტლში ჩაანვინა და მიატოვა ერთ-ერთი კორპუსის ეზოში. მეორე დღეს ბავშვი გარდაცვლილი იპოვეს. გამოკვლევების შედეგად ბავშვის სისხლში აღმოჩნდა მომნამკვლეელი ნივთიერება. გამოძიებით გაირკვა, რომ წინა დღით ძიძას ჩვილისთვის შეცდომით საკვებად მიუცია ვადაგასული, სიცოცხლისათვის საშიში ინგრედიენტისაგან მომზადებული საკვები. ექსპერტიზით უტყუარად ვერ დადგინდა სიკვდილი გამოიწვია ძიძის მიერ შეცდომით მიცემულმა საკვებმა თუ დედის მიერ ბავშვის უმეთვალყურეოდ მიტოვებს ფაქტმა.

მართალია, მოცემულ შემთხვევაში, ბავშვი, რომელიც დედამ ჩააგდო სიცოცხლისათვის საშიშ მდგომარეობაში, გარდაიცვალა, მაგრამ ვინაიდან არაა დადგენილი მიზეზობრივი კავშირი დედის მიერ ჩადენილ ქმედებასა და დამდგარ შედეგს შორის, დედის ქმედება დაკვალიფიციირდება სსკ 127-ე მუხლით. მისი ქმედება ვერც სიცოცხლის გაუფრთხილებლობით მოსპობად დაკვალიფიციირდება და ვერც არაპირდაპირი განზრახვით ჩადენილ მკვლელობად.

ამდენად, აღნიშნული მოსაზრების საწინააღმდეგოდ უნდა ითქვას, რომ სსკ 127-ე მუხლის გამოყენება გამორიცხული არ არის მაშინაც, როდესაც საშიშ მდგომარეობაში ჩაყენებული სამართლებრივი სიკეთე (სიცოცხლე) ობიექტურად უკვე აღარ არსებობს.

თავის ნაშრომში ლ. ხარანაულს საკუთარი პოზიციის გასამყარებლად მოყვანილი აქვს სხვა მაგალითიც:

ა. გაბრაზებული იყო ბ-ზე და განიზრახა სამაგიეროს გადახდა. კერძოდ, მას უნდოდა, რომ ბ ფიზიკური ტკივილით დატანჯულიყო. ამ მიზნით, ა-მ ბ-ს სანამლავის მცირე დოზა ჩაუყარა საჭმელში. ა-ს არ სურდა ბ-ს სიკვდილი, ასევე არ ითვალისწინებდა შედეგის დადგომის გარდაუვალობას. ამასთან, ა-ს არ აღეგებდა ბ-ს ბედი და იგი გულგრილად ეკიდებოდა მისი სიკვდილის გამონევეის შესაძლებლობას. სანამლავის მიღებიდან 10 წუთში ბ თვითმფრინავში ჩაჯდა და გაფრინდა. თვითმფრინავი აფრენიდან 37 წუთში ჩამოვარდა, რის

²⁵ იხ. გ. მამულაშვილი, წიგნში: სისხლის სამართალი, კერძო ნაწ., წიგნი პირვ., რედ. გ. მამულაშვილი. ნ. თოდუა, თბ. 2019, გვ. 177-183.

შედეგადაც ბ დაილუპა. ექსპერტიზამ ვერ დაადგინა ბ გარდაიცვალა თვითმფრინავში სანამლავის მოქმედების შედეგად, თუ ავიაკატასტროფა გახდა მისი დალუპვის მიზეზი. თუმცა ის განსაზღვრა, რომ ბ-სთვის მიცემული სანამლავის დოზა სასიკვდილო იყო.²⁶

ავტორის აზრით, მოცემული მაგალითიდან იკვეთება, რომ არსებობს ეჭვი, რომელიც ბრალდებულის სასარგებლოდ უნდა გადაწყდეს, რაც იმას გულისხმობს, რომ ა უნდა დაისაჯოს არა დამთავრებული დანაშაულისათვის, არამედ განზრახ მკვლელობის მცდელობისათვის. მაშასადამე, ევენტუალური განზრახვის დროს in dubio pro reo-ს შემთხვევებში ქმედების მცდელობად შეფასება არათუ შესაძლებელია, არამედ აუცილებელიც არის. ამიტომ არავითარი აზრი არ არსებობს, რომელიც ამ პოზიციას გააბათილებს, მაგრამ ის, ვინც ამას შეეცდება, მაშინ მან სისხლის სამართალში უარი უნდა თქვას კონსტიტუციური პრინციპის გამოყენებაზე.²⁷

აღნიშნული მოსაზრება ემყარება მთელ რიგ საგულისხმო არგუმენტებს, მაგრამ მას ვერ გავიზიარებ.

კერძოდ, გასაზიარებელია ის მოსაზრება, რომ მოცემულ შემთხვევაში პირის ქმედებას ვერ შევაფასებთ დამთავრებულ მკვლელობად.

საქმე ისაა, რომ არაა დადგენილი მიზეზობრივი კავშირი ა-ს ქმედებასა და დამდგარ შედეგს შორის, რაც გამორიცხავს დამთავრებულ მკვლელობად ქმედების კვალიფიკაციას.²⁸

თუმცა ჩადენილ ქმედებას ვერც მკვლელობის მცდელობად შევაფასებთ. კერძოდ, მოყვანილი კაზუსიდან აშკარად ჩანს, რომ ა

²⁶ იხ. ლ. ხარანაული, დასახ. ნაშრ. გვ.157.

²⁷ იხ. ლ. ხარანაული, დასახ. ნაშრ., გვ.157.

²⁸ მიზეზობრივი კავშირისა და მისი სახეების შესახებ იხ. თ. წერეთელი, სისხლის სამართლის პრობლემები, ტომი III, თბ. 2012 გვ. 143-158; ო. გამყრელიძე, სისხლის სამართლის პრობლემები, ტომი III, თბ. 2013, გვ. 177-182; ქ. მჭედლიშვილი-ჰედრიხი, სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილი, დანაშაულის გამოვლინების ცალკეული ფორმები, თბ. 2011, გვ. 302-336; მ. ტურავა, სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილის მიმოხილვა, თბ. 2013, გვ. 89-91; ქ. მჭედლიშვილი-ჰედრიხი, ნიგნში: სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილი, სახელმძღვანელო, რედ. გ. ნაჭყებია, ნ. თოდუა, მე-4 გამოცემა, თბ. 2019, გვ. 137-141; 163-168.

არ ცდილობდა ბ-ს მოკვლას. როდესაც მან მცირე დოზით სანამლავი ჩაუყარა ბ-ს, მისი განზრახვა მიმართული იყო სულ სხვა შედეგისკენ, კერძოდ, ბ-ს ფიზიკური ტანჯვისკენ. ეს კი იმას ნიშნავს, რომ ა-ს სურდა ბ-ს წამება, რასაც მან ვერ მიაღწია, რადგან თვითმფრინავი რამდენიმე წუთში ჩამოვარდა. ყოველ შემთხვევაში საქმის მასალებით ვერ დამტკიცდა ფაქტი, რომ სანამ თვითმფრინავი ჩამოვარდებოდა ბ-ს ძლიერი ფიზიკური ტკივილები უკვე დაწყებული ჰქონდა და იტანჯებოდა; ა-ს ქმედებას ვერც სიცოცხლის გაუფრთხილებლობით მოსპობით (სსკ 116-ე მუხლი) შევაფასებთ, რადგან მართალია, მან დაარღვია წინდახედულობის ნორმა, როდესაც ფაქტობრივად სასიკვდილო დოზის სანამლავი ჩაუყარა ბ-ს, მაგრამ არაა დადასტურებული მიზეზობრივი კავშირი მის მიერ წინდახედულობის ნორმის დარღვევასა და დამდგარ შორის. ამდენად, მოცემულ მაგალითში სახეზეა არაპირდაპირი განზრახვა პირის სიცოცხლის მოსპობის მიმართ, მაგრამ ამავე დროს სახეზეა პირდაპირი განზრახვა პირის წამების მიმართ. შესაბამისად, ა-ს ქმედება დაკვალიფიცირდება წამების მცდელობით, სსკ 19, 144¹ მუხლის პირველი ნაწილი და არა მკვლელობის მცდელობით. მკვლელობის მცდელობით ქმედების კვალიფიკაციის საკითხი მოცემულ შემთხვევაში არც უნდა დადგეს, რადგან საქმეში გამოიკვეთა პირდაპირი განზრახვა სხვა დანაშაულის მიმართ, როგორცაა - წამება.

ამდენად, ისმის კითხვა: შესაძლებელია თუ არა მცდელობა არაპირდაპირი განზრახვისას?

ეს საკითხი უნდა განვიხილოთ **არაპირდაპირი განზრახვისა და მცდელობის საკანონმდებლო ცნების ურთიერთშეპირისპირების გზით.**

არაპირდაპირი განზრახვის ცნება ჩვენმა კანონმდებელმა გადმოგვცა შემდეგნაირად: „ქმედება არაპირდაპირი განზრახვითაა ჩადენილი, თუ პირს გაცნობიერებული ჰქონდა თავისი ქმედების მართლწინააღმდეგობა, ითვალისწინებდა მართლწინააღმდეგო შედეგის დადგომის შესაძლებლობას, არ სურდა ეს შედეგი, მაგრამ შეგნებულად უშვებდა ან გულგრილად ეკიდებოდა მის დადგომას“.

როგორც ვხედავთ, ამ ცნებაში გამოკვეთილია ინტელექტუალური (კოგნიტიური) და ნებელობითი (ვოლიუნტატური) მომენტები.

კერძოდ, **ინტელექტუალურ მომენტში** სხვა ნიშნებთან ერთად ხაზგასმულია, რომ პირი ითვალისწინებს მართლსაწინააღმდეგო შედეგის დადგომის **არა გარდუვალობას**, როგორც ამას ადგილი აქვს მეორე ხარისხის პირდაპირი განზრახვისას, **არამედ ასეთი შედეგის დადგომის შესაძლებლობას**.

რაც შეეხება **ნებულობითი მომენტს**, აქ მთავარია ის, რომ პირს **არ სურდა** მართლსაწინააღმდეგო შედეგი.

საკითხავია: როგორ გავიგოთ ის, რომ არაპირდაპირი განზრახვის დროს პირი **შეგნებულად უშვებს** მართლსაწინააღმდეგო შედეგს?

ეს უნდა გავიგოთ შემდეგნაირად: **პირი ეგუება იმ შედეგს**, რომელიც მისთვის სასურველი არ არის.

მაგალითად, პოლიციელი შესაპყრობად მოსდევს მძიმე დანაშაულისათვის ძებნილ პირს. ძებნილს სურს თავიდან მოიშოროს პოლიციელი და ამ მიზნით დროდადრო ცეცხლსასროლი იარაღიდან ახდენს გასროლას იმ მხარეს, საიდანაც მას მოსდევს პოლიციელი. იგი ფიქრობს, რომ ამით შეაშინებს მას და თავს დაანებებს მის დევნას.

მოცემულ ვითარებაში ძებნილს გაცნობიერებული აქვს ამ ქმედების მართლსაწინააღმდეგობა, ასევე ითვალისწინებს იმას, რომ შესაძლოა, ამას მოჰყვეს მართლსაწინააღმდეგო შედეგი. კერძოდ, ტყვია მოხვდეს პოლიციელს და გამოიწვიოს ჯანმრთელობის რომელიმე ხარისხის დაზიანება, ან სიკვდილიც კი. მას არც ერთი შედეგის დადგომა არ სურს. პირიქით, ურჩევნია, არც ერთი მათგანი არ დადგეს, რადგან ამით მოსალოდნელი პასუხისმგებლობა უფრო დაუმძიმდება. ამის მიუხედავად, მასში იმდენად ძლიერია გაქცევის სურვილი, რომ ეგუება მის დადგომას.

აქვე ისიც უნდა აღინიშნოს, რომ რაიმე **შედეგის სურვილი და ამ შედეგისადმი შეგუება** არამც და არამც არ არის ერთი და იგივე. სურვილის დროს პირი მიისწრაფვის ამ შედეგისაკენ სხვადასხვა მოსაზრების გამო. ხოლო შედეგის შეგუება შესაძლოა, იძულებითიც კი იყოს.

მაგალითად, სასჯელმისჯილი პირი დროდადრო კატორღასაც კი ეგუება. ასევე ადამიანი ეგუება ისეთ პირად ტრაგედიას, როგორიცაა მისი ოჯახის წევრის დაღუპვა, მაგრამ ეს არ ნიშნავს იმას, რომ მის-

თვის სასურველია ასეთი რამ.

ასევე საკითხავია: როგორ გავიგოთ შედეგისადმი **გულგრილი დამოკიდებულება?**

იგი უნდა გავიგოთ შემდეგნაირად: პირს, მართალია, არ სურს ასეთი შედეგი (ე.ი. არ მიისწრაფვის ამ შედეგის დადგომისაკენ), მაგრამ არც მისი დადგომაა მისთვის სადარდებელი ფაქტი.

მაგალითად, ა-მ შუალამით უმუნყალოდ სცემა ბ. და ცოცხალ-მკვდარი დატოვა მიყრუებულ ქუჩაში. ა-ს მისი სიკვდილი რომ სურდეს, ბოლომდე მიიყვანდა ჩანაფიქრს და ცოცხალს არ დატოვებდა ბ-ს.

მოცემულ ვითარებაში, მას გაცნობიერებული აქვს, რომ ამ მართლსაწინააღმდეგო ქმედებას (ჯანმრთელობის განზრახ დაზიანებას) შესაძლოა, მოჰყვეს სიკვდილიც კი, რაც მას არ სურს, მაგრამ ტოვებს რა დაშავებულს ასეთ მიყრუებულ ადგილას, გულგრილობას იჩენს მისი სიკვდილის მიმართ, რადგან არაა დარწმუნებული, რომ მას ან სხვები უშველიან, ანდა თავად უშველის თავის თავს.

ისმის კითხვა: როდესაც ზემოხსენებულ შემთხვევებს არ მოჰყოლია ადამიანის სიკვდილი, რამდენადაა შესაძლებელი ამ ქმედებების კვალიფიკაცია მკვლელობის მცდელობად?

ამ კითხვას პასუხი რომ გავცეთ, ამისათვის საჭიროა ვნახოთ, **რას გულისხმობს დანაშაულის მცდელობა და მივუსადაგოთ იგი არაპირდაპირი განზრახვის არსს.**

სსკ 19-ე მუხლის მიხედვით, დანაშაულის მცდელობად ითვლება განზრახი ქმედება, რომელიც თუმცა **უშუალოდ მიმართული იყო** დანაშაულის ჩასადენად, მაგრამ დანაშაული ბოლომდე არ იქნა მიყვანილი.

როგორც ვხედავთ, კანონმდებელი ახსენებს განზრახ ქმედებას, თუმცა არ აკონკრეტებს მის სახეს (პირდაპირია თუ არაპირდაპირი). ამის მიუხედავად აუცილებელია, რომ ეს განზრახი ქმედება **უშუალოდ მიმართული იყოს** დანაშაულის ჩასადენად.

რას ნიშნავს „**უშუალოდ მიმართული**“?

მიმართული ნიშნავს მიზანმიმართულს, გამიზნულს.

საიდან ვაკეთებთ ამ დასკვნას?

ა) ქართული ენის განმარტებით ლექსიკონში სიტყვა „მიმარ-

თული“ განმარტებულია ორგვარად: 1. რაც მიმართეს (მაგალითად, ვარსკვლავებისაკენ); 2. დანიშნული (რაიმე მიზნის განსახორციელებლად); გამიზნული (მაგალითად, საბჭოთა კავშირის საგარეო პოლიტიკა მიმართულია ხალხთა შორის მშვიდობის განმტკიცებისაკენ).“²⁹

ამ ორი განმარტებიდან პირველი არ ასახავს ქმედების სუბიექტურ მხარეს, **არამედ აღნიშნავს** ფაქტს (მოცემულობას), ანდა მოქმედების ტრაექტორიას, რა დროსაც აუცილებელია სახეზე იყოს ნივთი, რომელიც მიმართული იქნება რაღაც კუთხით (რომელიმე მხარეს). მაგალითად, ტელესკოპი მიმართულია ვარსკვლავებისკენ.

შიიძლება მოვიყვანოთ სისხლისსამართლებრივად მნიშვნელოვანი მაგალითი: პეტრემ ცეცხლსასროლი იარაღი მიმართა პავლესკენ. ამ შემთხვევაში გვაქვს მოცემულობა, რომლის მიხედვითაც **ნათლად ჩანს** ქმედების ტრაექტორია, **მაგრამ არ ჩანს** ქმედების მიზანი. კერძოდ, ფაქტია, რომ იარაღი მიმართეს პავლესაკენ. რა თქმა უნდა, ეს გაცნობიერებული ქმედებაც გარკვეულ მიზანს ემსახურება, თუმცა კერძოდ, რას, ამას მხოლოდ ქმედების გარეგნული მხარის მიხედვით ვერ ვიტყვით. იგი შიიძლება ემსახურებოდეს პავლესთან გახუმრებას, მის შეშინებას, მისი ჯანმრთელობის დაზიანებას ან სულაც მის მოკვდინებას.

გამომდინარე აქედან **„მიმართულის“ პირველი გაგება არ გამოდგება** მცდელობის საკითხის გასარკვევად, რადგანაც მასში **აქცენტი არაა გაკეთებული** მოქმედის მიზანზე. მასში **აქცენტი გაკეთებულია** ან რაღაც ფაქტზე, ან მხოლოდ მოქმედების ტრაექტორიაზე. მცდელობის ცნებაში კი **აქცენტი გაკეთებულია არა** ქმედების ტრაექტორიაზე, **არამედ** მოქმედის მიზანზე.

შესაბამისად, **მცდელობის არსის გასარკვევად გამოდგება** „მიმართული“-ს მეორე გაგება: ესაა - დანიშნული, გამიზნული.

ამდენად, „მიმართული“ ნიშნავს ისეთ ქმედებას, რაც გამიზნულია რაღაც შედეგის გამოწვევისაკენ.

ბ) ასეთივე დასკვნა უნდა გაკეთდეს სისხლის სამართლის კოდექსის ნორმების სისტემური ანალიზის საფუძველზეც. კერძოდ,

²⁹ იხ. ქართული ენის განმარტებითი ლექსიკონი, ნაკვეთი მეორე, (მ-ჰ), მთ. რედ. არნ. ჩიქობავა, თბ. 1990, გვ. 657-658.

სისხლის სამართლის კოდექსის კერძო ნაწილში არის მუხლი, სადაც გამოყენებულია **იგივე სიტყვა - „მიმართული“**.

ეს არის სსკ 308-ე მუხლი - საქართველოს ტერიტორიული ხელშეუხებლობის დარღვევა. მის დისპოზიციაში ვკითხულობთ: საქართველოს საწინააღმდეგო მოქმედება, მიმართული უცხო ქვეყნისათვის საქართველოს მთელი ტერიტორიის ან მისი ნაწილის გადაცემისაკენ, ანდა საქართველოს ტერიტორიიდან მისი ნაწილის გამოყოფისაკენ.

სადავო არ არის, რომ აქ სიტყვა „მიმართული“ იგულისხმება საქართველოს საწინააღმდეგო ქმედება, რომელიც გამიზნულია ამგვარი მართლსაწინააღმდეგო შედეგისაკენ. შესაბამისად, მისი ჩადენა მხოლოდ პირდაპირი განზრახვითაა შესაძლებელი.

სს კოდექსი არის ერთიანი კოდიფიცირებული სისტემით მიღებული ნორმატიული აქტი, სადაც გამორიცხულია ერთი და იგივე სიტყვა სხვადასხვა მუხლში სხვადასხვა მნიშვნელობით იყოს გამოყენებული, თუ მუხლის შენიშვნაში რაიმე სპეციალური დათქმა არ არის გაკეთებული ამის შესახებ.

ამ საკითხი გადასაწყვეტად, ასევე აუცილებელია **არაპირდაპირი განზრახვის ცნებისა და მცდელობის ცნების ურთიერთშეპირისპირება**. კერძოდ, საინტერესოა, რამდენად თავსებადია არაპირდაპირი განზრახვა დანაშაულის მცდელობის საკანონმდებლო ცნებასთან?

ისმის კითხვა: შესაძლებელია თუ არა პირს **არ სურდეს** მართლსაწინააღმდეგო შედეგის დადგომა, მაგრამ **ამის მიუხედავად** მისი ქმედება **გამიზნული იყოს** ამ შედეგისაკენ?

ამ კითხვაზე **პასუხი შემდეგი უნდა იყოს:** ასეთი რამ შეუძლებელია, რადგან თუ პირის ქმედება **გამიზნულია** რაიმე მართლსაწინააღმდეგო შედეგისაკენ, ეს იმას ნიშნავს რომ **მას სურს** ამ შედეგის დადგომა და პირიქით, თუ პირს **არ სურს** მართლსაწინააღმდეგო შედეგის დადგომა, მისი ქმედება **არაა გამიზნული** ამ შედეგისაკენ.

ზემოთქმულის შემდეგ ბუნებრივად ჩნდება კითხვა: **მაშინ, გერმანელ მეცნიერთა ნაწილი რატომ მიიჩნევს შესაძლებლად მცდელობას არაპირდაპირი განზრახვით ჩადენილ დანაშაულში?**

ამ კითხვას პასუხი რომ გავცეთ, უნდა ვნახოთ, როგორ არის ჩამოყალიბებული მცდელობისა და განზრახვის ცნება გერმანიის

სისხლის სამართლის კოდექსში.

გერმანიის ფედერაციული რესპუბლიკის სისხლის სამართლის კოდექსის მე-15 პარაგრაფში ნათქვამია: სისხლისამართლებრივი პასუხისმგებლობა დგება მხოლოდ განზრახვი ქმედებისათვის, თუ კანონი პირდაპირ არ ითვალისწინებს გაუფრთხილებლობით ჩადენილი ქმედების დასჯადობას.³⁰

როგორც ვხედავთ, ამ პარაგრაფში საერთოდ არ არის მოცემული არც განზრახვის ცნება და არც მისი სახეები. ეს საკითხი განმარტებულია გერმანულ დოქტრინაში, რომელიც ქართული კანონმდებლობისაგან განსხვავებით, მის არსს შემდეგნაირად გადმოსცემს: ქმედება არაპირდაპირი განზრახვითაა ჩადენილი, თუ პირს გაცნობიერებული ჰქონდა თავის ქმედების მართლწინააღმდეგობა, ითვალისწინებდა მართლსაწინააღმდეგო შედეგის დადგომის შესაძლებლობას და შეგნებულად უშვებდა ან გულგრილად ეკიდებოდა მის დადგომას.³¹

როგორც ვხედავთ, ამ ცნებაში არ არის ნათქვამი, რომ პირს არ სურდა მართლსაწინააღმდეგო შედეგი. ამდენად, გერმანელი მეცნიერები მიიჩნევენ, რომ არაპირდაპირი განზრახვის დროსაც სახეზეა მცირე სურვილი. ხოლო ჩვენი კანონმდებელი კი კატეგორიულად აცხადებს: პირს არ სურდა მართლსაწინააღმდეგო შედეგი.

ვნახოთ, როგორია მცდელობის ცნება გერმანული კანონმდებლობის მიხედვით? გერმანიის ფედერაციული სისხლის სამართლის კოდექსში მოცემულია მცდელობის ცნება: სისხლისამართლებრივად დასჯად ქმედების განხორციელებას ცდილობს ის, ვინც ქმედებაზე თავისი წარმოდგენის შესაბამისად უშუალოდ იწყებს ქმედების შემადგენლობის განხორციელებას.³²

როგორც ვხედავთ, მცდელობის ამ ცნებაში არ არის ნათქვამი, რომ პირის ქმედება „უშუალოდ მიმართულია დანაშაულის ჩასადენად“. ანუ მცდელობის დროს არ არის აუცილებელი ქმედება იყოს გამიზნული, მიზანმიმართული მართლსაწინააღმდეგო შედეგისაკენ.

³⁰ იხ. გვ. სისხლის სამართლის კოდექსი, ტექსტი და სამეცნიერო-პრაქტიკული კომენტარი, (რუსულ ენაზე), მოსკოვი, 2010.

³¹ იხ. გვ. სისხლის სამართლის კოდექსი, ტექსტი და სამეცნიერო-პრაქტიკული კომენტარი, მოსკოვი, 2010.

³² იხ. გვ. სს კოდექსის 22-ე პარაგრაფი.

მთავარია, პიროვნებამ უშუალოდ დაინყოს ქმედების შემადგენლობის განხორციელება თავისი წარმოდგენის შესაბამისად იმის მიუხედავად, გამიზნულია თუ არა ეს ქმედება მართლსაწინააღმდეგო შედეგისკენ.

აქედან გამომდინარე, გერმანიაში პრობლემას არ წარმოადგენს იმის მტკიცება, რომ მცდელობას სჩადის ისიც, ვინც დანაშაულს სჩადის არაპირდაპირი განზრახვით.

II. სანდტარესოა, დასმულ პრობლემასთან მიმართებაში რა დასკვნის შესაძლებლობას იძლევა საქართველოს სსკ კერძო ნაწილის ნორმები?

ჩვენი კანონმდებელი არაპირდაპირი განზრახვით ჩადენილ დანაშაულებში მცდელობას რომ არ მიიჩნევს შესაძლებლად, ეს გამომდინარეობს არა მარტო არაპირდაპირი განზრახვისა და მცდელობის ცნების ურთიერთშეპირისპირებიდან, არამედ სისხლის სამართლის კოდექსის კერძო ნაწილის მთელი რიგი მუხლების არსიდან.

1) სისხლის სამართლის კოდექსში საფრთხის შემქმნელ დელიქტებში ჩვენ გვაქვს ასეთი დანაშაული - სიცოცხლისათვის საშიშ მდგომარეობაში ჩაყენება (სსკ 127-ე მუხლი), რითაც სისხლისამართლებრივი პასუხისმგებლობა ეკისრება იმას, ვინც შეგნებულად სიცოცხლისათვის საშიშ მდგომარეობაში ჩააყენებს იმ პირს, ვისაც არა აქვს საშუალება მიიღოს ზომები თავის დასაცავად.

ეს დანაშაული დამთავრებულია ქმედების განხორციელებისთანავე. შედეგის დადგომას ეს მუხლი არ გულისხმობს. მართლსაწინააღმდეგო შედეგის - სიკვდილის დადგომის შემთხვევაში ქმედება სსკ 127-ე მუხლით არ დაკვალიფიცირდება. ამდენად, მასში მართლსაწინააღმდეგო შედეგი არც აღწერილია და არც იგულისხმება.³³

ცნობილია, რომ ეს მუხლი ქართველმა კანონმდებელმა შემოიღო სწორედ იმიტომ, რომ დაუსჯელი არ დარჩენილიყო იმ პირის ქმედება, რომელმაც შეგნებულად სიცოცხლისათვის საშიშ მდგომარეობაში ჩააყენა სხვა, თუმცა მისი სიკვდილის სურვილი არ ამოძრავებს (მაგ.,

³³ იხ. გ. მამულაშვილი, წიგნში: სისხლის სამართლის კერძო ნაწ., წიგნი პირვ., რედ. გ. მამულაშვილი. ნ. თოდუა, თბ. 2019. გვ. 178.

დედამ ახალშობილი ბავშვი, მისი თავიდან მოშორების მიზნით მიატოვა ერთ-ერთი კორპუსის ეზოში).

იმ შემთხვევაში, როდესაც დედა მცირეწლოვნის თავიდან მოშორების მიზნით ჩაიდენს ისეთ ქმედებას, როცა სიკვდილის დადგომისადმი პირდაპირი განზრახვა დასაბუთდება (მაგ., დედამ ახალშობილი ქალაქის ნაგავსაყრელ ტერიტორიაზე დატოვა, ანდა ნაგვის ბუნკერში ჩააგდო), მაშინ სახეზეა მკვლელობის მცდელობა და არა სსკ 127-ე მუხლით გათვალისწინებული დანაშაული.³⁴

ზემოთ მოყვანილ მაგალითში დედის ქმედება სსკ 127-ე მუხლით იმიტომ კვალიფიცირდება, რომ დედას გაცნობიერებული აქვს ის, რომ მცირეწლოვანს აყენებს სიცოცხლისათვის საშიშ მდგომარეობაში, ხოლო შედეგის მიმართ სახეზეა ან გაუფრთხილებელი დამოკიდებულება, ან არაპირდაპირი განზრახვა.

კერძოდ, თუ იგი ახალშობილს მიატოვებს კორპუსის ეზოში სალამო ხანს, როდესაც არავინ იმყოფება, იგი შედეგის მიმართ არაპირდაპირი განზრახვით მოქმედებს, ვინაიდან იმედს არავისზე და არაფერზე ამყარებდა. ამის მიუხედავად, სახეზეა სსკ 127-ე მუხლით გათვალისწინებული დანაშაული და არა მკვლელობის მცდელობა.

აქედან გამომდინარე, **არასწორად უნდა ჩაითვალოს** შეხედულება, რომლის მიხედვითაც, თუ შედეგის მიმართ დედა მოქმედებდა არაპირდაპირი განზრახვით, ქმედება მკვლელობის მცდელობით უნდა დაკვალიფიცირდეს.³⁵ მკვლელობის მცდელობად ეს ქმედება ვერ დაკვალიფიცირდება, იმ მარტივი მიზეზის გამო, რომ დედას ბავშვის სიკვდილი არ სურდა, ე.ი. მისი ქმედება **მიმართული არ იყო** ამ შედეგისაკენ.

ხოლო როცა დედა ბავშვს მიატოვებს კორპუსის ეზოში, სადაც სხვები იმყოფებიან, მოსალოდნელი მართლსაწინააღმდეგო შედეგის (სიკვდილის) მიმართ სახეზეა თვითიმედოვნებითი დამოკიდებულება, რადგანაც დედა იმედს ამყარებდა იმ პირებზე, რომლებიც იქვე იმყოფებოდნენ. კერძოდ, იგი ფიქრობდა, რომ უმეტესალყურეოდ დარჩე-

³⁴ იხ. გ. მამულაშვილი, იქვე, გვ. 191.

³⁵ იხ. მ. ტურავა, სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილის მიმოხილვა, თბ. 2013, გვ. 310-311.

ნილ ბავშვს ისინი აუცილებლად შენიშნავდნენ და დაეხმარებოდნენ.³⁶

ამდენად, მოცემულ ვითარებაში, მას გაცნობიერებული ჰქონდა საფრთხე, მაგრამ იმედოვნებდა, რომ მართლსაწინააღმდეგო შედეგს თავიდან აიცილებდა.

2) ცნობილია, რომ ზოგიერთ ქვეყანაში თვითმკვლელობის მცდელობა ისჯება. წარმოვიდგინოთ, რომ საქართველოც ასეთი ქვეყანაა.

ისმის კითხვა: თუ იქნებოდა შესაძლებელი, ასეთ ვითარებაში ეს პირი, რომელმაც ასფალტზე განახორციელა გასროლა იარაღის გამოცდის მიზნით, დაგვესაჯა თვითმკვლელობის მცდელობისათვის, რომელიც ჩადენილია არაპირდაპირი განზრახვით? მოცემულ ვითარებაში იგი ხომ უშვებდა იმასაც, რომ ასფალტიდან ასხლეტილი ტყვია, შესაძლოა, თავად მას მოხვდროდა და მოეკლა?

აზრს მოკლებულია იმის მტკიცება, რომ ამ დროს პირის ქმედება მიმართულია მისი სიცოცხლის მოსპობისაკენ და იგი ცდილობს თვითმკვლელობას.

ამ მაგალითიდანაც ნათელია, რომ არაპირდაპირ განზრახვას მცდელობა არ ახასიათებს.

3) შეგვიძლია ჩვენი კოდექსიდან სხვა მაგალითიც მოვიყვანოთ. კერძოდ, ესაა მკვლელობა ისეთი საშუალებით, რომელიც განზრახ უქმნის საფრთხეს სხვათა სიცოცხლესა და ჯანმრთელობას (სსკ 109-ე მუხლის 1 ნაწილი). როგორც ვხედავთ, აქ მკვლელობას ამძიმებს ის ფაქტი, რომ დამნაშავემ შეგნებულად შეარჩია ისეთი ხერხი, რომლითაც საფრთხეს უქმნის სხვა პირებსაც, ვისი სიკვდილიც მას არ სურს, თუმცა შეგნებულად უშვებს სხვა პირების მიმართაც ასეთი შედეგის დადგომის შესაძლებლობას.

მაგალითად, ა-მ მოკვლის მიზნით ქუჩაში სროლა აუტეხა ბ-ს, მაშინ როცა იქ მოქალაქეები მოძრაობდნენ. ამ შემთხვევაში ა-ს სურს ბ-ს სიკვდილი და არა სხვა პირთა სიკვდილი, ან ჯანმრთელობის დაზიანება. მას გაცნობიერებული აქვს, რომ თავისი ქმედებით საფრთხე ექმნება სხვა პირთა სიცოცხლეს, ან ჯანმრთელობას. ე.ი სხვა პირთა სიცოცხლისა და ჯანმრთელობის მოსპობის მიმართ იგი მოქმედებს არაპირდაპირი განზრახვით.

³⁶ იხ. გ. მამულაშვილი, იქვე, გვ. 192.

არაპირდაპირი განზრახვით მცდელობა ჩვენს კანონმდებელს შესაძლებლად რომ მიაჩნდეს, მაშინ 109-ე მუხლში იგი ამ დამამძიმებელ გარემოებას არ შემოიღებდა და ამგვარი ქმედება დაკვალიფიცირდებოდა, როგორც 2 ან მეტი პირის მკვლელობის მცდელობა — სსკ 19/109 მუხლის 3 ნაწილის „ა“ ქვ.

4) თუ გულდასმით შევისწავლით ყაჩაღობის შემადგენლობას, მივალთ იმ დასკვნამდე, რომ ჩვენი კანონმდებელი მხარს არ უჭერს მცდელობას არაპირდაპირი განზრახვისას.

კერძოდ, ყაჩაღობისას დამნაშავე სხვისი მოძრავი ნივთის დაუფლების ხერხად იყენებს ისეთ თავდასხმას, სადაც ძალადობა საშიშია ადამიანის სიცოცხლის ან ჯანმრთელობისათვის. ეს ძალადობა რომ საშიშია ადამიანის სიცოცხლისათვის, ნიშნავს იმას, რომ მან მოცემულ ვითარებაში შესაძლოა გამოიწვიოს ადამიანის სიკვდილი, რაც ყაჩაღობის ჩამდენს გაცნობიერებული აქვს, თუმცა მას ეს შედეგი არ სურს. მას სურს სხვისი მოძრავი ნივთის დაუფლება, ხოლო ამგვარი ძალადობის გამოყენება არის მისი მიზნის მიღწევის ხერხი, რა დროსაც იგი შეგნებულად უშვებს სასიკვდილო შედეგის დადგომას.

მოვიყვანოთ შესაბამისი მაგალითი: ა თავს დაესხა მოქალაქეს ძვირფასი ქურქის დაუფლების მიზნით. მან დაზარალებულს თავში ჩაარტყა რკინის ხელკეტი და გონება დააკარგვინა, რათა დაუფლებოდა ძვირფას ქურქს. მოცემულ ვითარებაში ა-ს გაცნობიერებული აქვს მისი ქმედების მართლწინააღმდეგობა, ითვალისწინებს მართლწინააღმდეგო შედეგის (მათ შორის სიკვდილისაც) დადგომის შესაძლებლობას, რომელიც მას არ სურს, თუმცა შეგნებულად უშვებს ასეთი შედეგის დადგომას. აზრს მოკლებულია იმის მტკიცება, რომ ამ მაგალითში ა შედეგის მიმართ მოქმედებს გაუფრთხილებლობით - ვთქვათ თვითიმედოვნებით, რადგან არავისზე და არაფერზე არ ამყარებს იმედს.

არაპირდაპირი განზრახვით მცდელობა შესაძლებელი რომ იყოს, აღნიშნული შემთხვევა დაკვალიფიცირდება არა ყაჩაღობით, არამედ ანგარებით მკვლელობის მცდელობით (სსკ 19, 109 მუხლი). ამდენად, სისხლის სამართლის კოდექსში ყაჩაღობის მუხლის შემოღებით კანონმდებელმა ნათლად გამოკვეთა თავისი პოზიცია, რომ ევენტუა-

ლურ განზრახვას მცდელობა არ ახასიათებს. წინააღმდეგ შემთხვევაში სისხლის სამართლის კოდექსში ყაჩაღობის მუხლი ზედმეტი აღმოჩნდებოდა.

ისმის კითხვა: იქნებ ყაჩაღობა ანგარებით მკვლელობის მცდელობის კერძო შემთხვევაა? სხვაგვარად რომ ვთქვათ, იქნებ კანონმდებელმა შემოგვთავაზა სპეციალური მუხლი იმ შემთხვევისათვის, როდესაც პირი ანგარების მოტივით, თავდასხმის ხერხის გამოყენებით ცდილობს სხვისი ნივთის დაუფლებას? ხოლო ზოგადი და სპეციალური ნორმის კონკურენციის დროს, ყოველთვის იმარჯვებს სპეციალური ნორმა (სსკ მე-16 მუხლის მე-2 ნაწილი). ამდენად, მოცემულ შემთხვევაში გაიმარჯვებს ყაჩაღობის მუხლი.

ეს რომ ასე არ არის, ამის დამტკიცება ძალიან ადვილად შეიძლება. კერძოდ, ყაჩაღობა რომ ანგარებით მკვლელობის მცდელობის კერძო შემთხვევა იყოს, მაშინ მისი სანქცია არ იქნებოდა ასეთი მსუბუქი (თავისუფლების აღკვეთა ვადით 5-დან 7 წლამდე) სსკ 109 მუხლის 3 ნაწილის სანქციასთან შედარებით (თავისუფლების აღკვეთა ვადით 16-დან 20 წლამდე ან უვადო თავისუფლების აღკვეთა).

ამდენად, **ყაჩაღობის მუხლის არსებობა ჩვენს კოდექსში ერთ-ერთი დასტურია იმისა,** რომ ჩვენი კანონმდებელი არ იზიარებს მცდელობის შესაძლებლობას არაპირდაპირი განზრახვის დროს.

სსკ მე-9 მუხლის თანახმად, არაპირდაპირი განზრახვის დროს პირს არ სურს შედეგის დადგომა, მაგრამ შეგნებულად უშვებს ან გულგრილად ეკიდება მის დადგომას. სამოქალაქო სამართალში ასეთ ნებელობას ჰქვია „ნების ნაკლი“. როგორც პროფესორი ლ. ჭანტურია აღნიშნავს, ხდება ისეც, რომ გარეგნულად გამოხატული ნება არ ემთხვევა შინაგან ნებას და განხორციელდა გარეშე ფაქტორებიდან გამომდინარე. ისეთ ვითარებას, როდესაც გამოვლენილი ნება არ ემთხვევა მისი გამომვლენის შინაგან, ნამდვილ ნებას და გარიგება ნების გარეგნული გამოვლენის შედეგად დაიდო, სამოქალაქო სამართალში ეწოდება „ნების ნაკლი“. „ნების ნაკლის“ მიზეზი შეიძლება სხვადასხვა იყოს, მაგალითად, როდესაც ნების გამოვლენა ხდება არასერიოზულად და ნების გამომვლენი პირი არც ითვალისწინებდა რაიმე კონკრეტული მიზნის მიღწევას. ამ შემთხვევაში ყოველი ასეთი

ნების გამოვლენა არის ნაკლის მქონე, ანუ ეს არის შემთხვევები, როდესაც შინაგან ნებას არ პასუხობს გამოვლენილი, გამოხატული ნება.³⁷

აღნიშნული მოსაზრება გარკვეულად შეიძლება გავითვალისწინოთ სისხლის სამართალში. პირდაპირი განზრახვა იმით განსხვავდება არაპირდაპირისაგან, რომ აქ არ გვაქვს საქმე „ნების ნაკლთან“ - პირს სურს შედეგის დადგომა ან ითვისწინებს ასეთი შედეგის განხორციელების გარდუვალობას.³⁸

აქვე ისიც უნდა ითქვას, რომ განსხვავებით პირდაპირი განზრახვისაგან, რომელსაც არანაირი პრობლემა არა აქვს დაუმთავრებელ დანაშაულთან და სისხლის სამართლის ნებისმიერ სხვა ინსტიტუტთან, არაპირდაპირი განზრახვით ჩადენილი ქმედებისას ეს საკითხი სხვაგვარად დგება. იგი ხშირ შემთხვევაში საერთოდ შეუთავსებელია ზოგიერთ მათგანთან, ხოლო ზოგჯერ კი მათი თავსებადობის საკითხი სადავოა.³⁹

III. სანტიმარსოა, ბოლო პერიოდში რა გზას ადგას სსსამართლო პრაქტიკა ამ საკითხთან დაკავშირებით?

სასამართლო პრაქტიკის შესწავლით დავრწმუნდი, რომ ბოლო დროს განხილულ სისხლის სამართლის საქმეებზე ანალოგიურ ვითარებაში სწორი სამართლებრივი შეფასება გაკეთებული.

მაგალითი: 2016 წლის 29 სექტემბერს საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სისხლის სამართლის საქმეთა პალატამ განიხილა

³⁷ ლ. ჭანტურია სამოქალაქო სამართლის ზოგადი ნაწილი. თბ. 2011. გვ. 360. აღებულია თ. დარსანია სადოქტორო ნაშრომიდან: დანაშაულის მცდელობისათვის სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობის პრობლემები, 2014, გვ. 104.

³⁸ აღებულია თ. დარსანიას სადოქტორო ნაშრომიდან: დანაშაულის მცდელობისათვის სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობის პრობლემები, 2014, გვ. 104-105.

³⁹ იხ. ზ. გოგშელიძე, მცდელობის საკითხი არაპირდაპირი განზრახვით ჩადენილ დანაშაულში, თბ. 2019, გვ. 55-68; ნ. თოდუა, სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილი, სახელმძღვანელო, რედ. გ. ნაჭყებია, ნ. თოდუა, მე-4 გამოცემა, თბ. 2019, გვ. 271-271.

მსაჯვრდებულ ლ. მ-სა და მისი ინტერესების დამცველის, ადვოკატ ტ. კ-ის საკასაციო საჩივარი ქუთაისის სააპელაციო სასამართლოს 2016 წლის 9 მარტის განაჩენზე.⁴⁰

ქუთაისის საქალაქო სასამართლოს 2015 წლის 16 ნოემბრის განაჩენით ლ. მ. ცნობილი იქნა დამნაშავედ საქართველოს სსკ მე-19, 108-ე მუხლით იმაში, რომ მან ჩაიდინა განზრახ მკვლელობის მცდელობა, რაც გამოხატული იყო შემდეგში:

2015 წლის 11 მარტს, დაახლოებით 21: 40 საათზე, შსს ...ის რაიონული სამმართველოს შენობის მახლობლად, ნასვამმა ლ. მ-მა, განაწყენებულმა იმით, რომ იმავე დღეს, რამოდენიმე საათით ადრე, შსს ...ის რაიონული სამმართველოს შენობაში ყოფნისას, არ მისცეს ამავე რაიონის უზნის ინსპექტორ-გამომძიებელთან შეხვედრის საშუალება, ურთიერთშელაპარაკების დროს, შურისძიების მოტივით, ძირს დაანარცხა და საკუთარი დანის არაერთხელ დარტყმით ჩაიდინა შსს რაიონული სამმართველოს სამეურნეო უზრუნველყოფის ჯგუფის სპეციალისტის, პოლიციის ზემდეგ თ. რ-ის მკვლელობის მცდელობა, კერძოდ, მას მიაყენა: ყვრიმალ-ზედა ყბისა და მარჯვენა მხრის ძვლის დამსხვრეული მოტეხილობები (სხეულის ნაკლებად მძიმე ხარისხის დაზიანება); ნაკვეთი ქრილობები - მარჯვენა მხრის, გულ-მკერდისა და მუცლის მიდამოებში (სხეულის მსუბუქი ხარისხის დაზიანება); ასევე - მარჯვენა თვალბუდის ნაგლეჯი ქრილობა, ტრავმული ანოფთალმა და სუბკონიუქტივალური სისხლჩაქცევები (სხეულის მძიმე ხარისხის დაზიანება). ლ. მ-მა თავისი განზრახვის სისრულეში მოყვანა ვერ შეძლო მისგან დამოუკიდებელი მიზეზის - დანაშაულის ჩადენის პროცესში შემთხვევის ადგილზე მისული შსს რაიონული სამმართველოს მუშაკების - ა. ქ-ას, თ. ჩ-სა და გ. შ-ის მიერ მისი განიარაღებისა და შეპყრობის გამო. თ. რ-ის სიცოცხლის შენარჩუნება მოხერხდა მისთვის დროულად განეული გადაუდებელი სამედიცინო დახმარების შედეგად.

ქუთაისის საქალაქო სასამართლოს მიერ მიღებული ზემოხსენებ-

⁴⁰ იხ. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს გადაწყვეტილებანი სისხლის სამართლის საქმეზე, სისხლის სამართალი, ზოგადი და კერძო ნაწილები 2016, №10-12, გვ. 129-138, საქმე №227 აპ-16.

ული გადაწყვეტილება სააპელაციო წესით გაასაჩივრეს მსჯავრდებულმა და მისმა ადვოკატებმა - ტ. კ-ემ და მ. ლ-ემ. მათ მოითხოვეს ქუთაისის საქალაქო სასამართლოს 2015 წლის 16 ნოემბრის განაჩენში ცვლილების შეტანა და ლ. მ-ის დამნაშავედ ცნობა საქართველოს სსკ 117-ე მუხლით.

ქუთაისის სააპელაციო სასამართლოს სისხლის სამართლის საქმეთა პალატის 2016 წლის 9 მარტის განაჩენით არ დაკმაყოფილდა მსჯავრდებულისა და მისი ადვოკატების სააპელაციო საჩივარი და გასაჩივრებული განაჩენი დარჩა უცვლელად.

ზემოაღნიშნულიდან გამომდინარე, მსჯავრდებული ლ. მ. და ადვოკატი ტ. კ. ითხოვენ ქუთაისის სააპელაციო სასამართლოს 2016 წლის 9 მარტის განაჩენში ცვლილების შეტანას და ლ. მ-ის დამნაშავედ ცნობას საქართველოს სსკ 117-ე მუხლით.

საკასაციო პალატამ მიიჩნია, რომ კასატორთა მოთხოვნა უნდა დაკმაყოფილდეს ნაწილობრივ, კერძოდ: მსჯავრდებულ ლ. მ-ის ქმედება საქართველოს სსკ 19, 108-ე მუხლიდან (განზრახ მკვლელობის მცდელობა) უნდა გადაკვალიფიცირდეს იმავე კოდექსის 117-ე მუხლის მე-5 ნაწილის „გ“ ქვეპუნქტზე (ჯანმრთელობის განზრახ მძიმე დაზიანება, ჩადენილი ხულიგნური ქვენაგრძნობით).

საკასაციო პალატამ აღნიშნა, რომ მოცემულ შემთხვევაში სადავოა ჩადენილი ქმედების კვალიფიკაცია: ანუ ლ. მ-ის მიერ ჩადენილი მართლსაწინააღმდეგო ქმედება წარმოადგენს განზრახ მკვლელობის მცდელობას, თუ ჯანმრთელობის განზრახ მძიმე დაზიანებას.

კერძოდ, ზემოაღნიშნული ორი სამართლებრივი მოცემულობის გამიჯვნის დროს, ქმედების კვალიფიკაციისას შეცდომის გამოსარიცხად სასამართლოებმა ზედმინევენით დეტალურად უნდა შეისწავლონ და გაანალიზონ საქმეში არსებული ყველა გარემოება, რადგან გამოსაკვეთია დანაშაულის სუბიექტური შემადგენლობის - განზრახვის ელემენტი, რომლის მიმართულებაც განასხვავებს განზრახ მკვლელობის მცდელობას ჯანმრთელობის მძიმე დაზიანებისაგან. განზრახვის დასადგენად კი შესწავლილ უნდა იქნეს: დანაშაულის ჩადენის ხერხი და საშუალება, დაზიანებათა რაოდენობა, ხასიათი და მათი ლოკალიზაცია, როგორ ვითარებაში იქნა ისინი მიყენებული,

დამნაშავისა და მსხვერპლის ურთიერთდამოკიდებულება საერთოდ და დაზიანების მიყენების მომენტში და სხვ.

ამიტომ საკასაციო პალატა განსაკუთრებულ ყურადღებას ამახვილებს საქმეში არსებულ შემდეგ გარემოებებზე:

როგორც დაზარალებული მიუთითებს, პოლიციის შენობაში ლ. მ.-თან პირველი შეხვედრიდან დაახლოებით სამი საათის შემდეგ, იქვე, კ.-ის ქუჩაზე შეხვდა ლ. მ.-ს. დაზარალებულის ჩვენების შინაარსიდან არ იკვეთება ლ. მ.-ის მხრიდან მასთან წინასწარ დაგეგმილად შეხვედრის მცდელობა (მაგალითად ის, რომ იგი დაინახა მსჯავრდებულმა და იმიტომ მივიდა მასთან, რადგან იგი ელოდებოდა დაზარალებულს შემთხვევის ადგილზე). სასამართლო სხდომაზე ლ. მ.-მა განმარტა, რომ იგი სრულიად შემთხვევით შეხვდა დაზარალებულს. საწინააღმდეგოს დასადასტურებლად კი ბრალდების მხარეს სასამართლოში რაიმე მტკიცებულება არ წარუდგენია. აღნიშნულიდან გამომდინარე, მათი შემთხვევით შეხვედრის ფაქტი საკასაციო სასამართლოსთვის დადგენილად მიჩნეულ სამართლებრივ მოცემულობას წარმოადგენს.

მონმეების ჩვენებით ირკვევა, რომ ლ. მ.-სა და თ. რ.-ს შორის ჩხუბი გრძელდებოდა 2-დან 5 წუთამდე. დაზარალებულმა პირველ ინსტანციაში დაკითხვისას განაცხადა, რომ იგი ლ. მ.-ს ცალი ხელით უწევდა წინააღმდეგობას, რადგან, სავარაუდოდ, დაცემისას მიიღო მარჯვენა მხრის ძვლის მოტეხილობა და ცალი ხელი პარალიზებული ჰქონდა.

სასამართლო-სამედიცინო ექსპერტიზის დასკვნით, თ. რ.-სთვის მიყენებული დაზიანებები, ნაკვეთი ქრილობების სახით, განვითარებულია რაიმე მჭრელი თვისების მქონე საგნის მოქმედებით. დაზიანება მარჯვენა მხრის მიდამოში მიეკუთვნება სხეულის დაზიანებათა მსუბუქ ხარისხს, ჯანმრთელობის ხანმოკლე მოშლის ნიშნით, ხოლო დაზიანებები გულ-მკერდის არეში მარჯვნივ - მე-8 მე-9 ნეკნებისა და მარცხნივ - მე-2 მე-3 ნეკნების დონეზე და მუცლის მიდამოში მიეკუთვნება სხეულის დაზიანებათა მსუბუქ ხარისხს. დაზიანებები ყვრიმალ-ზედა ყბისა და მარჯვენა მხრის ძვლის დამსხვრეული მოტეხილობების სახით განვითარებულია რაიმე მკვრივი-ბლავი საგნის

ზემოქმედების შედეგად და მიეკუთვნება სხეულის დაზიანების ნაკლებად მძიმე ხარისხს; მარჯვენა თვალბუდის ნაგლეჯი ქრილობის, ტრავმული ანოფთალმის, სუბკონიუქტივალური სისხლჩაქცევების მიმყენებელი საგნის განსაზღვრა შეუძლებელია, რადგან წარმოდგენილ სამედიცინო დოკუმენტში მითითებული არ არის დაზიანების სრულყოფილი მორფოლოგიური სურათი; აღნიშნული დაზიანება მიეკუთვნება სხეულის დაზიანებათა მძიმე ხარისხს, საერთო შრომის უნარის 35%-ით მყარი დაკარგვით.

ზემოაღნიშნული ფაქტობრივი გარემოებების გაანალიზების შედეგად, საკასაციო პალატა აღნიშნავს: სახელმწიფო ბრალდების პროცესში ბუნდოვანია საკითხი - როდის წარმოეშვა ლ. მ.-ს მკვლელობის განზრახვა: თ. რ.-სთან ურთიერთშელაპარაკებისას, მანამდე თუ ამის შემდეგ, მაშინ, როდესაც მის მიერ ჩადენილი ქმედების სწორი კვალიფიკაციისათვის ეს გარემოება იძენს ერთ-ერთ განმსაზღვრელ მნიშვნელობას.

თუკი მსჯავრდებულს მკვლელობის განზრახვა თავიდანვე გააჩნდა, მაშინ რა უშლიდა ხელს, რომ დანიანი მუშტის მაგივრად (საქმის მასალებიდან არ საბუთდება, რომ დანა მსჯავრდებულმა დაზარალებულს მჭრელი პირის მხრიდან ჩაარტყა. დაზიანების მორფოლოგიური სურათიდან და დაზარალებულის ჩვენებიდან გამომდინარე, ასევე დანის ფორმისა და ზომის გათვალისწინებით, საკასაციო პალატას მიაჩნია, რომ დანა ტარის მხრიდან არის ჩარტყმული) დანა მჭრელი პირის მხრიდან ჩაერტყა, რათა მყისიერად აღესრულებინა დასახული მკვლელობის მიზანი.⁴¹

როგორც ვხედავთ, საკასაციო პალატა მსჯელობს იმაზე, რომ ლ. მ.-ს ქმედებაში არ იკვეთება სასიკვდილო შედეგის მიმართ პირდაპირი განზრახვა, რადგანაც მკვლელობის მიზანი არ შეიძლება პირს ჰქონდეს არაპირდაპირი განზრახვის დროს, როცა ქმედების ამსრულებელს არ სურს მართლსაწინააღმდეგო შედეგის დადგომა. მკვლელობის მიზანი პირს აქვს მხოლოდ პირდაპირი განზრახვის და

⁴¹ იხ. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს გადაწყვეტილებანი სისხლის სამართლის საქმეზე, სისხლის სამართალი, ზოგადი და კერძო ნაწილები 2016, №10-12, გვ. 135, საქმე №227 აპ-16.

ისიც ე.წ. პირველი ხარისხის განზრახვის დროს.⁴²

საკასაციო პალატა მსჯავრდებულის ქმედებაში რომ პირდაპირ განზრახვას გამორიცხავს, ეს აშკარად ჩანს მის (უზენაესი სასამართლოს პალატის) შედგომ მსჯელობაში:

ხოლო თუ მსჯავრდებულს მკვლელობის განზრახვა ურთიერთშელაპარაკებისა და დანიანი მუშტის ჩარტყმის შემდეგ წარმოეშვა, რატომ ვერ მოახერხა ახალგაზრდამ, რომელიც შეიარაღებულია დაახლოებით 20 სმ სიგრძის დანით, 2-5 წუთის განმავლობაში თავისი დანაშაულებრივი განზრახვის (მკვლელობის) სისრულეში მოყვანა, მით უმეტეს იმ პირობებში, როცა ნაქცევის შედეგად დაზარალებულს მარჯვენა ხელი მთლიანად წაერთვა, განიცდიდა გაუსაძლის ტკივილს ასევე თვალის მიდამოში და თვალიდან წამოსული სისხლის გამო მხედველობაც მნიშვნელოვნად ჰქონდა შეზღუდული.

შესაბამისად, საკასაციო პალატისათვის არ არის სარწმუნო, რომ მკვლელობის განზრახვით შეპყრობილ ლ. მ.-ს ნაქცეული და უკვე ჯანმრთელობის მიძიმე დაზიანებამიყენებული თ. რ.-სთვის დანის გამოყენებით მხოლოდ ჯანმრთელობის მსუბუქი ორი დაზიანების მიყენება მოეხერხებინა.⁴³

როგორც ვხედავთ, სამოტივაციო ნაწილის ამ მონაკვეთში საკასაციო პალატა ასაბუთებს იმას, რომ მსჯავრდებულის სიკვდილისადმი პირდაპირი განზრახვა არ ამოძრავებდა ასევე არც ურთიერთშელაპარაკებისა და დანიანი მუშტის ჩარტყმის შემდეგ. წინააღმდეგ შემთხვევაში, იგი მოახერხებდა ჯანმრთელობის მიძიმე დაზიანებამიყენებული პირისათვის მსუბუქ დაზიანებაზე უფრო საშიში ქრილობის მიყენებას.

საკასაციო პალატა რომ მცდელობის საკითხს მხოლოდ პირდაპირ განზრახვით ჩადენილ დანაშაულს უკავშირებს ეს აშკარად ჩანს მისი შემდეგი მსჯელობიდან:

საკასაციო პალატა აღნიშნავს, რომ მითითებული ფაქტო-

⁴² პირველი ხარისხის პირდაპირი განზრახვის შესახებ მ. ტურავა, სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილის მიმოხილვა, მე-9 გამოცემა, თბ. 2013, გვ. 132; ნ. თოდუა, წიგნში: სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილი, სახელმძღვანელო, რედ. გ. ნაჭყებია, ნ. თოდუა, მე-4 გამოცემა, თბ. 2019, გვ. 265-266.

⁴³ იხ. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს დასახ. გადაწყვეტილება.

ბრივი გარემოებების ერთობლიობა გამოორიცხავს მსჯავრდებულის მიერ თ. რ.-ის მკვლელობის მცდელობის განზრახვას და მკაფიოდ მიუთითებს მხოლოდ ჯანმრთელობის მძიმე დაზიანების მიყენების მიზანზე, კერძოდ: საქმის მასალებით არ დადგინდა, რომ ლ. მ. დაზარალებულს განგებ შეხვდა განზრახვის (მოკვლის) სისრულეში მოსაყვანად; ასევე არ დადგინდა, რომ პირველი ფიზიკური დაპირისპირებისას მსჯავრდებულმა დაზარალებულს დანა მჭრელი პირით ჩაარტყა; ლ. მ.-სთვის არ არსებობდა განსაკუთრებული მოტივი დაზარალებულის მოსაკლავად (იყო მხოლოდ ხმამაღალი საუბარი), რომელიც ნორმალურ ადამიანურ ურთიერთობაში ვერ წარმოშობდა შურისძიების გრძნობას. ამასთან, სასამართლოს მიაჩნია, რომ სანამ პოლიციელები ლ. მ.-ს განაიარალებდნენ, მას ჰქონდა საკმარისი დრო და საშუალება მკვლელობის განზრახვის სისრულეში მოსაყვანად.⁴⁴

მოყვანილ მსჯელობაში ხაზგასმა გაკეთებულია მართლსაწინააღმდეგო შედეგის მიზანზე და ნათქვამია, რომ მკვლელობის მცდელობა გამოორიცხება რადგან პირის ქმედებაში იკვეთება მხოლოდ ჯანმრთელობის დაზიანების მიყენების მიზანი.

მართლსაწინააღმდეგო შედეგის დადგომის მიზანი კი პირს მხოლოდ პირდაპირი განზრახვისას ამოძრავებს (პირველი ხარისხის პირდაპირი განზრახვა).

საკასაციო პალატის ამ გადაწყვეტილებას ჩემი მხრიდან დავამატებ შემდეგს: მოცემულ შემთხვევაში, მსჯავრდებული ლ. მ., რომელმაც ჯანმრთელობის სხვადასხვა ხარისხის დაზიანება მიაყენა მსხვერპლს და მათ შორის, მძიმე ხარისხის დაზიანებაც, რა თქმა უნდა არ გამოორიცხავდა სასიკვდილო შედეგის დადგომის შესაძლებლობას რაც მას არ სურდა, მაგრამ გულგრილად ეკიდებოდა ასეთი შედეგის დადგომის შესაძლებლობას. ამდენად, სასიკვდილო შედეგის მიმართ იგი მოქმედებდა არაპირდაპირი განზრახვით, რის გამოც შეუძლებელია მისი ქმედების კვალიფიკაცია მკვლელობის მცდელობით. მცდელობის დროს, პირის ქმედება მიზანმიმართულია მართლ-

⁴⁴ იხ. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს დასახ. გადაწყვეტილება, გვ. 135-136.

საწინააღმდეგო შედეგისაკენ, რაც განსახილველ მაგალითში არ დასტურდება. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს ამ გადაწყვეტილებით აშკარად ჩანს, რომ სისხლის სამართლის პალატაც დგას იმ მყარ პოზიციაზე, რომ მცდელობისთვის აუცილებელია პირი მოქმედებდეს მართლსაწინააღმდეგო შედეგის გამონევის მიზნით, ანუ პირდაპირი განზრახვით.

საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სისხლის სამართლის საქმეთა პალატა ამ განაჩენში იმის დასაბუთებისთვის, რომ სახეზე არ არის მკვლელობის მცდელობა სხვა არგუმენტსაც იყენებს. კერძოდ, ამ განაჩენში ვკითხულობთ:

ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლო მტკიცების სტანდარტად განიხილავს რა „გონივრულ ეჭვს მიღმა სტანდარტს“, განმარტავს, რომ ასეთი მტკიცება შეიძლება გამომდინარეობდეს საკმარისად ძლიერი, ნათელი და ურთიერთდაკავშირებული დასკვნებიდან, რომლებიც უდავო, საკმარისად მტკიცე და ზუსტ ხასიათს ატარებს და არ შეიძლება ეფუძნებოდეს მხოლოდ თეორიულ ჰიპოთეზას. ისეთი დანაშაულის ჩადენა, როგორცაა განზრახი მკვლელობა, აუცილებელია, რომ დანაშაულის სუბიექტი მოქმედებდეს განზრახვით, ჩაიდინოს მკვლელობა, რაც უნდა ეფუძნებოდეს შესაბამის მიზანს, მოტივს, ქმედებაში გამოვლენილ მართლსაწინააღმდეგო ნებას, ქმედების განხრციელების სახესა და ხერხს. სასამართლო ასევე განმარტავს, რომ აუცილებელია საქმეზე პირდაპირი მტკიცებულებების არსებობა; მოცემულ შემთხვევაში საქმეზე მოპოვებული და გამოკვლეული მტკიცებულებების ერთობლიობით არ დასტურდება ლ. მ.-ის მიერ მკვლელობის მცდელობის ჩადენის ფაქტი.⁴⁵

როგორც ვხედავთ, ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოც ქმედების მკვლელობის მცდელობად კვალიფიკაციისათვის აუცილებლად მიიჩნევს შესაბამისი მიზნის არსებობას. ასეთი მიზანი კი პირს მხოლოდ პირდაპირი განზრახვის დროს ამოძრავებს, რადგან არაპირდაპირი განზრახვის არსებობისას პირს არ სურს მართლსაწინააღმდეგო შედეგის დადგომა.

⁴⁵ იხ. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს დასახ. გადაწყვეტილება, გვ. 137.

შესაბამისად, საკასაციო პალატამ მიიჩნია, რომ ლ. მ.-მა ჩაიდინა ჯანმრთელობის განზრახ მიძიმე დაზიანება ხულიგნური ქვენაგრძნობით, რაც გათვალისწინებულია საქართველოს სსკ 117-ე მუხლის მე-5 ნაწილის „გ“ ქვეპუნქტით.

ამდენად, საბოლოოდ, საკასაციო პალატამ, მსჯავრდებულის ქმედება მკვლელობის მცდელობიდან, გადააკვალიფიცირა ჯანმრთელობის განზრახ მიძიმე დაზიანებად და შესაბამისი სასჯელის ზომა განუსაზღვრა.

გიორგი კაპანაძე

ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის იურიდიული ფაკულტეტის დოქტორანტი

ევთანაზიის შეღარაპით-სამართლებრივი დასასიათება

შესავალი

კაცობრიობის დანყებიდან დღემდე ყველა ცოცხალი არსება ემორჩილება საერთო კანონზომიერებას - გარდაცვალებას. სიკვდილი ადამიანის სიცოცხლის ჯაჭვის უკანასკნელი რგოლია, რომელსაც ყოველი ჩვენგანი გაურბის და რომელიც გამონაკლისის გარდა არავის სურს. როდესაც იგი თვითონ ცდილობს სიკვდილის დაჩქარებას, გარკვეულ მიზეზთა გამო, ისწრაფვის გათავისუფლდეს „ადამიანთა ყოფნის სევედისგან“.

სიცოცხლის ხელოვნურად დამთავრების ერთ-ერთი საშუალება არის ევთანაზია - მკვლელობა მსხვერპლის თხოვნით. ევთანაზია ეტიმოლოგიურ წარმომავლობით ბერძნული სიტყვაა, („ეუ“-კარგი, „ტჰა-ნატოს“-სიკვდილი) მშვიდ, ბედნიერ და უშფოთველ სიკვდილს ნიშნავს.

ევთანაზია თანამედროვე მსოფლიო საზოგადოების ერთ-ერთი უმნიშვნელოვანესი საკითხია. როგორც აქტი, იგი უკურნებელი სენით დაავადებული და ტკივილიგან გატანჯული ადამიანის უმტკივნეულოდ, მისი ფიზიკური ტანჯვისაგან გათავისუფლების მიზნით სიცოცხლის მოსპობას ნიშნავს. ეს მიიღწევა მედკერსონალის, ან თუნდაც სხვა დაინტერესებული პირის მიერ სხვადასხვა ქმედებით (მაგ., ნარკოტიკების მაღალი დოზის ინექციით, ხელოვნური სუნთქვის აპარატის გამორთვით კვების წყაროდან და ა.შ.) ან უმოქმედობით (დაავადების მიმდინარეობაში ჩაურევლობა).¹

ევთანაზიასთან დაკავშირებით უამრავი შეხედულება და კითხ-

¹ გოცირიძე ე., სიცოცხლის დასაწყისი და დასასრული: ფეტუსისა და ევთანაზიის უფლებრივი საკითხები სტრასბურგის იურისპუდენციის მიხედვით, ნიგნში: ადამიანთა უფლებათა დაცვის ევროპული და ეროვნული სისტემები, კორკელია კ. (რედ.), თბ. 2007, გვ. 47-48.

ვაა, არ არსებობს პასუხი - ევთანაზია დანაშაულია თუ მონყალება (ჭუმანური აქტი).

„სიცოცხლის ძირითადი უფლება, იცავს ადამიანის არსებობის იმ ბიოლოგიურ და ბუნებრივ საფუძველს, რომელიც აუცილებელია ძირითადი უფლებების კატალოგში ჩამოთვლილი ადამიანის სულიერი, იდეური, კულტურული და ეკონომიკური განვითარების შესაძლებლობათა რეალიზაციისთვის.“²

„ევთანაზიის საკითხი კაცობრიობის ცივილიზაციის დასაწყისიდანვე იყო მსჯელობის საგანი და პრაქტიკაშიც გამოიყენებოდა, იმის მიუხედავად, იყო თუ არა იგი აკრძალული. ერთიანი საზოგადოებრივი აზრი მასზე არასდროს არსებობდა.“³ მსოფლიოში ევთანაზიასთან მიმართებით არსებობს სამი სისტემა: პირველი სისტემა მოქმედებს იმ ქვეყნებში, რომლებიც ევთანაზიას ჩვეულებრივ მკვლელობად აფასებენ (ინგლისი, საფრანგეთი, რუსეთი); მეორე ჯგუფი ქვეყნებისა ევთანაზიისთვის მსუბუქ სასჯელს აწესებს (გერმანია, ავსტრია); მესამე ჯგუფის ქვეყნებში მოახდინეს ევთანაზიის დეკრიმინალიზაცია (ჰოლანდია, სკანდინავიის ქვეყნები, ორეგონის და ვაშინგტონის შტატები, პერუ, ურუგვაი). ჯერ-ჯერობით პასუხგაუცემელია კითხვა, ვალდებულია თუ არა ადამიანი სხვა ადამიანის (ძირითადად ახლო ნათესავის) ხანგრძლივ და აგონიურ ტანჯვას უყუროს და არაფერი მოიმოქმედოს მისი ტანჯვისგან გასათავისუფლებლად; „ვალდებულია თუ არა ექიმი, ბოლომდე იბრძოლოს ადამიანის სიცოცხლის შენარჩუნებისთვის და ამასთან, გაახანგრძლივოს მისი ტანჯვა, თუ მას უფლება აქვს, გაათავისუფლოს ადამიანი ტანჯვისგან და მას „ტკბილი სიკვდილი“ აჩუქოს?“⁴ ამით ექიმი ადამიანის უფლების განხორციელებას ემსახურება, თუ ბოროტების აქტს? ამ

² გოციროძე ე., სიცოცხლის დასაწყისი და დასასრული: ფეტიუსისა და ევთანაზიის უფლებრივი საკითხები სტრასბურგის იურისპუდენციის მიხედვით, წიგნი: ადამიანთა უფლებათა დაცვის ევროპული და ეროვნული სისტემები, კორკელია კ. (რედ.), თბ. 2007, გვ. 47-48.

³ ავტორთა კოლექტივი, სისხლის სამართლის კერძო ნაწილი, წიგნი 1, მეოთხე გამოცემა, თბ. 2011, გვ. 50.

⁴ საყვარელიძე ფ., ევთანაზია – მონყალება თუ მკვლელობა, ჟ. “თავისუფლება”, 2003, გვ. 32.

კითხვებზე ყველა ქვეყანა ინდივიდუალურად სცემს პასუხს იმის მიხედვით, თუ როგორია მათი სამართლებრივი, საზოგადოებრივი და რელიგიური აზროვნება. ევთანაზიასთან მიმართებით საკითხი ვერ გადაწყდება მეცნიერების სხვადასხვა დარგებთან, კერძოდ, იურისპრუდენციასთან კავშირის გარეშე. ევთანაზია, როგორც სიცოცხლის ხელყოფის თავისებური ფორმა, გააზრებული უნდა იქნას ასევე მსოფლმხედველობით-ფილოსოფიური და რელიგიური თვალსაზრისით. ევთანაზიის საკითხი აქტუალურია როგორც თეორიული, ისე პრაქტიკული თვალსაზრისით. საქართველოში ღია, დემოკრატიული სახელმწიფოს მიმართებით თავისუფალი საზოგადოების მშენებლობისას დადგა პიროვნების თავისუფლების უზრუნველმყოფელი პირობებისა და მისი დემოკრატიული უფლებების ფაქტობრივი რეალიზაციის აუცილებლობა. შესაბამისად, მსუბუქი სიკვდილის უფლება კიდევ მეტ აქტუალობას იძენს. ყალიბდება ცნება „უფლება სიკვდილზე“, რომელსაც უპირიპირდება დებულება: „სიცოცხლის უფლება მიეკუთვნება უზენაეს სამართლებრივ ღირებულებებს.“⁵

„ამა თუ იმ უფლების მიმართ ეროვნული თუ საერთაშორისო კონსენსუსის აღიარება მეორეულია, რადგანაც იგი ყოველთვის ჩამორჩება ადამიანის მიერ უფლებათა აღმოჩენის, აღქმის, გათავისების, დაგულვებისა თუ დაბევეების შინაგან პროცესს. სწორედ ამით გამოიხატება ადამიანის უფლებების ბუნებითი წარმოშობის აღიარების კულტურული და სამართლებრივი ფენომენი; საყოველთაო კონსენსუსის არსებობა არ არის და ვერ იქნება საკმარისი დადასტურება ადამიანის ამა თუ იმ უფლების არსებობისა საზოგადოდ. ასე რომ არ იყოს, ადამიანი უფლებათა სამართალი დახშული, წინასწარშემოზღუდული, განუვითარებადი მოცემულობა აღმოჩნდებოდა და არა უფლებათა შემდგომი აღიარებისა და გაფართოებისკენ ორიენტირებული.“⁶

⁵ კუბლაშვილი კ., სიცოცხლის უფლება საქართველოს კონსტიტუციის მიხედვით, ადამიანის უფლებათა ევროპული სტანდარტები და მათი გავლენა საქართველოს კანონმდებლობასა და პრაქტიკაზე, წიგნში: ადამიანთა უფლებათა დაცვის ევროპული და ეროვნული სისტემები, კორკელია კ. (რედ.), თბ. 2006, გვ. 188.

⁶ გოცირიძე ე., სიცოცხლის დასაწყისი და დასასრული: ფეტუსისა და ევთანაზიის უფლებრივი საკითხები სტრასბურგის იურისპრუდენციის მიხედვით, წიგნში:

1. ევთანაზიის ცნება, წარმოშობა, არსი, მნიშვნელობა

ადამიანი ცოცხალ, მგრძნობიარე, ღირებულებების მატარებელ არსებას

წარმოადგენს, დგება დრო, როცა ჩნდება ჯანმრთელობის დაკარგვის გამო არასრულფასოვნების აუტანელი განცდა ინვალიდობის, ანდა აუტანელი ტკივილების გამო და იღებს გადაწყვეტილებას – დაასწროს სიკვდილს და მიიღოს „ადვილი სიკვდილი“.

„ევთანაზია არის ავადმყოფობის ბოლო ფაზაში მყოფი, სასიკვდილოდ განწირული ადამიანის მოკვდინება სიბრალულის მოტივით, გაუსაძლისი ფიზიკური ტანჯვისაგან მისი გათავისუფლების მიზნით. ევთანაზიად განიხილება ზემოაღნიშნული მოტივითა და მიზნით განხორციელებული სიკვდილის დაჩქარების ყველა შემთხვევა, როდესაც არსებობს ავადმყოფის მოთხოვნა ან თანხმობა ევთანაზიის განხორციელებაზე, ან/და როდესაც ასეთი თანხმობის მიღება შეუძლებელია ავადმყოფისგან, მისი უგონო მდგომარეობაში ყოფნის გამო.“⁷

ევთანაზია – ეტიმოლოგიის თანახმად, წყნარი და გაუნვალებელი აღსასრული, „წარმოქმნის კონფლიქტს ორ უფლებას შორის: ერთია მომაკვდავი ადამიანის სიცოცხლის უფლება და მეორე თავად მომაკვდავის სიკვდილის სურვილი.“⁸

„ევთანაზია შეიძლება განვმარტოთ, როგორც მოქმედება, რომელიც იწვევს ადამიანის უმტკივნეულოდ მოკვდინებას, რათა გათავისუფლდეს ტანჯვისაგან. ის აძლევს ადამიანს შესაძლებლობას, „მშვიდად და ადვილად მოკვდეს“, როდესაც ის უმძიმესი და უკურნებელი სენით არის დაავადებული და ავადმყოფობის უკანასკნელ სტადიაზე იმყოფება.“⁹

ადამიანთა უფლებათა დაცვის ევროპული და ეროვნული სისტემები, კორკელია კ. (რედ.), თბ. 2007, გვ. 47; 49.

⁷ გოცირიძე ე., სტატია, სიცოცხლის დასაწყისი და დასასრული: ფეტუსისა და ევთანაზიის უფლებრივი საკითხები სტრასბურგის იურისპუდენციის მიხედვით, წიგნში: ადამიანთა უფლებათა დაცვის ევროპული და ეროვნული სისტემები, კორკელია კ. (რედ.), თბ. 2007, გვ. 50.

⁸ იქვე, გვ. 52.

⁹ შენგელია ა., ევთანაზია – დანაშაული თუ ადამიანის უფლება საკუთარი სი-

„ევროპული ცივილიზაციის ქვეყნებში, XX საუკუნეში, სამედიცინო მეცნიერებაში ვითარდება აზრი „ადვილი სიკვდილის“ (ევთანაზიის) შესახებ, თუმცა ევთანაზიის იდეა დიდი ხნის წინათ დაიბადა.“¹⁰ „ევთანაზიის ცნება „კარგი სიკვდილი“ ჯერ კიდევ ანტიკური ხანის რომაელებსა და ბერძნებს ჰქონდათ გააზრებული,“¹¹ რაც უმეტესწილად „არასრულფასოვანი სიცოცხლის“ თვალსაზრისს უკავშირდებოდა. ანტიკური საზოგადოება სიცოცხლეს უმაღლეს ღირებულებად არ განიხილავდა.¹²

„ტერმინი „ევთანაზია“ პირველად ცნობილმა ინგლისელმა ფილოსოფოსმა ფრენსის ბეკონმა (1561-1626 წლები) გამოიყენა 1605 წელს მშვიდი, უშფოთველი, ადვილი და უმტკივნეულო სიკვდილის აღსანიშნავად.“¹³ დღემდე მსოფლიოში ვერ შეთანხმდნენ ევთანაზიის არსის შესახებ. რომის კათოლიკური ეკლესიის 1980 წლის 5 მაისის დეკლარაციით ევთანაზია არის განზრახ მკვლევლობა.¹⁴

ევთანაზიის სამგვარი გაგება არსებობს:

- ვიწრო გაგება – მომაკვდავისათვის ტანჯვის შემამსუბუქებელი ისეთი საშუალების მიცემა, რომელიც სიკვდილს არ დააჩქარებს;
- უკურნებელი სენით დაავადებული, ავადმყოფობის ლეტალურ ფაზაში მყოფი ადამიანისთვის, სიბრალულის მოტივით ისეთი სამედიცინო პრეპარატის მიცემა, რომელიც მას სიცოცხლეს მოუსპობს.
- ფართო გაგება – ევთანაზია ფსიქიკურად ან ფიზიკურად „არასრულფასოვანი სიცოცხლის“ მოსპობა ევგენიკური (კეთილშობილური) თუ სოციალური მოსაზრებით. ასეთი ევთანაზია შეუთავსე-

ცოცხლის ნებასთან დაკავშირებით, *ჟ. „მართლმსაჯულება და კანონი“*, №3(30), 2011, გვ. 125-126.

¹⁰ ტატულაშვილი ლ., მკვლევობა მსხვერპლის თხოვნით (მუხლი 110-ე) ევთანაზიის განვითარების მოკლე ისტორიული მიმოხილვა, ევთანაზიის ცნება და სახეები, *ჟ. „ორნატი“* №2, 2009, გვ. 62.

¹¹ Романовский Г. Б., *Право на жизнь и эвтаназия, Гносеология право на жизнь*, 2003, 98.

¹² ქარდავა ე., ევთანაზიის პრობლემა სისხლის სამართალში, *ჟ. „სამართალი, მეცნიერება, პუბლიცისტიკა, პრაქტიკა“*, 2001, გვ. 59.

¹³ იქვე, გვ. 59.

¹⁴ წულაია ზ., დანაშაული ადამიანის წინააღმდეგ, თბ. 2000, 51; არჩვაძე ვ., ევთანაზია, *ჟ. „თანამედროვე მედიცინა“*, №1 ნოემბერ-დეკემბერი, 2007, გვ. 19.

ბელია თანამედროვე ცივილიზირებული კაცობრიობის ზნეობრივ შეხედულებებთან.

ფაშისტურ გერმანიაში ეგრეთ წოდებულ „ევთანაზიის პროგრამას“, ჰიტლერის ბრძანების შესაბამისად, ფართოდ ახორციელებდნენ როგორც „არასრულფასოვანი ადამიანების“, ისე პოლიტიკური მონინალმდეგეების, ტყვეების, ებრაელებისა და „დაბალი რასის“ წარმომადგენელთა მიმართ.“¹⁵

ევთანაზიის ვიწრო გაგება კრიტიკას იმსახურებს, ვინაიდან ძნელია ევთანაზიად ჩაითვალოს მოქმედება, რომელიც არც სიცოცხლის შენარჩუნებას და არც სიკვდილის დაჩქარებას არ ემსახურება.

1980 წლის 5 მაისს სარწმუნოების სწავლების კონგრეგაციის მიერ მიღებული დოკუმენტის - „დეკლარაცია ევთანაზიის შესახებ“ განხილვაზე მიღებულ იქნა ევთანაზიის შემდეგი განმარტება: „ევთანაზია გულისხმობს ყოველ ქმედებას ან უმოქმედობას, რომელიც თავისი არსით და განზრახვით იწვევს სიკვდილს, რომლის მიზანიც ტკივილისა და ტანჯვის თავიდან აცილებაა.“¹⁶

„მედიცინის დოქტორის ჟაკ სუდოს კომენტარი ევთანაზიაზე ასეთია: „თავისი პირდაპირი მნიშვნელობით ევთანაზია არის წინასწარგანზრახული მკვლელობა“, იმ მეთოდის მეშვეობით, რომელიც ყველაზე ნაკლებ ტკივილსა და ტანჯვას იწვევს და სრულდება „სიბრაალულის გამო ადამიანის მიმართ, რომლის აუტანელ ტანჯვასა და ცხოვრებისეულ სირთულეებს უნდა მოედოს ბოლო, რომელთა ღირსიც თვით ის ადამიანი არ არის“. მეცნიერის აზრით, ტერმინოლოგიური აბრაკადაბრა ევთანაზიის მომხრეთა მიერ ხელოვნურად არის პროვოცირებული, რათა ტერმინები „ვაცალოთ სიკვდილი“ (პასიური ევთანაზია) და „დავეხმაროთ სიკვდილში“ (აქტიური ანუ ჭეშმარიტი ევთანაზია) ერთმანეთთან გაიგივებული ყოფილიყო.“¹⁷

ევთანაზია სიახლეს არ წარმოადგენს მსოფლიოსთვის, კაცობრიობის განვითარების სხვადასხვა ეტაპზე იმისდა მიხედვით, თუ რა ღირებულება ჰქონდა ადამიანის სიცოცხლეს, ევთანაზიის საკითხი

¹⁵ არჩვამე ვ., ევთანაზია, ჟ. „თანამედროვე მედიცინა“, №1 ნოემბერ-დეკემბერი, 2007, გვ. 19.

¹⁶ არჩვამე ვ., დასახელებული სტატია, გვ. 19.

¹⁷ იხ. Платон, Сочинения, М. 1971, 195.

სხვადასხვაგვარად წყდებოდა. წარსულში შემუშავდა სამარცხვინო ცნება - „არასრულფასოვანი ადამიანი“ და დაისვა მისი სიცოცხლის საჭიროების საკითხი.

სპარტას სინამდვილეში, სადაც მხოლოდ ძლიერი აღნაგობის ადამიანის კულტი ბატონობდა, მარტივად წყდებოდა „არასრულფასოვანი“ ადამიანის ბედი, მათ მიმართ დამოკიდებულება. ასეთ ადამიანებს ანადგურებდნენ. სპარტა არ იყო ერთადერთი გამონაკლისი, ასეთ შემთხვევებს სხვა ქვეყნებშიც ჰქონდა ადგილი. იაპონიაში დაუძღურებულ მოხუცებს უკაცრიელ ადგილას ტოვებდნენ, რათა ისინი იქ დახოცილიყვნენ. რომის პატრიციები, რომლებიც პოლიტიკურად გამოუვალ მდგომარეობაში აღმოჩნდნენ, სიკვდილს არჩევდნენ და თავიანთი მონების ხელით იხოცებოდნენ.

აღსანიშნავია, რომ უდიდესი ფილოსოფოსი პლატონი, თავისი დროის ზნეობრივ შეხედულებათა შესაბამისად, ევთანაზიას სავსებით დასაშვებად თვლიდა, „სულითაც მანკიერი და ხორცით უკურნებელი - უნდა მოკვდეს.“¹⁸

საპირისპირო მოსაზრება ჰქონდა ქრისტიანულ რელიგიას და იუდაიზმს. მათ „სიკვდილ-სიცოცხლის ერთადერთ გამგებლად ღმერთი გამოაცხადეს, ტანჯვა და წამება - განწმენდისა და ღმერთთან მიახლოების საფასურად.“¹⁹ ეს ორი სარწმუნოება აბსოლუტურად კრძალავდა კაცის მოკვლას თუნდაც ავადმყოფის ტანჯვისაგან განთავისუფლების მიზნით და მისი შებრალების მოტივით.

შუა საუკუნეების საღვთისმეტყველო აზროვნებამ გააღვიძა აზრი ადამიანის, როგორც განსაკუთრებული, ღმერთისეული ფასეულობის შესახებ. ამ აზრმა კითხვის ნიშანი დაუსვა პლატონის შეხედულების სისწორეს.²⁰ „აღსანიშნავია, რომ არისტოტელე და პითაგორელები მძიმედ დაავადებულთა მოკვდინების წინააღმდეგნი იყვნენ. „ბიოეთიკის ენციკლოპედიის“ თანახმად, სწორედ პითაგორელთა შეხედულებ-

¹⁸ იხ. ტატულაშვილი ლ., მკვლევლობა მსხვერპლის თხოვნით (მუხლი 110-ე) ევთანაზიის განვითარების მოკლე ისტორიული მიმოხილვა, ევთანაზიის ცნება და სახეები, ჟ. „ორნატი“ №2, 2009, გვ. 62.

¹⁹ იხ. იქვე, გვ. 62.

²⁰ იხ. მამულაშვილი ბ., ბიოეთიკა, სახელმძღვანელო უმაღლესი სასწავლებლის სტუდენტებისთვის, თბ. 2011, გვ. 119.

ბებმა ჰპოვა ასახვა ჰიპოკრატეს ფიცში.²¹

XVI საუკუნეში რენესანსის ეპოქაში ახალმა მოძღვრებამ სამყაროს ცენტრად მიიჩნია ადამიანი, როგორც ბუნების ყველაზე სრულყოფილი ქმნილება. ყოველი ამის საფუძველზე რენესანსმა დაასაბუთა ევთანაზიის საჭიროება სიბრალულისა და კაცთმოყვარეობის იდეით.²² იმავე აზრს იზიარებდა ინგლისელი ფილოსოფოსი ფრენსის ბეკონი (1561-1626 წწ.). „დაახლოებით ასი წლის წინ რელიგიურობის დაცემისა და ევოლუციური თეორიის გავრცელების პირობებში ვრცელდება მოსაზრებები ნებაყოფლობითი ევთანაზიის შესახებ – პიროვნების უფლებაზე დაასრულოს საკუთარი სიცოცხლე, როდესაც განუკურნებელი დაავადება სიცოცხლეს ტანჯვად აქცევს და ახლობლებისთვისაც ვერანაირი სარგებლობა ვერ მოაქვს. ამ დროს ინგლისსა და ამერიკაში განიხილავდნენ ავადმყოფის უფლებას - მიმართოს ექიმს თხოვნით სიკვდილის დაჩქარებისა და სიცოცხლის შეწყვეტის შესახებ. ამასთან, ექიმის როლი განისაზღვრებოდა ზუსტი დიაგნოზირების აუცილებლობასა და მომაკვდინებელი პრეპარატების სწორ მიწოდებაში.“²³

თანამედროვე ცივილიზებული სამყარო იძულებითი ევთანაზიის აზრსაც კი დასაგმობად თვლის. ინგლისელმა ჰუმანისტმა თომას მორმა თავის შრომებში აუტანელი ტკივილისგან გათავისუფლების გზა, დასაშვებად ჩათვალა „ნებაყოფლობით თავის მოკვლა დაძინებებით და შეუმჩნეველად სხვა სიცოცხლეში გადასვლით.“²⁴

„XVIII საუკუნეში ჩამოყალიბდა აზრი, რომ ე.წ. „სურვილით მკვლელობის“ ფაქტები გაემიჯნოს განზრახ მკვლელობათა დანაშაულის სფეროს და ამ დროს გამოყენებული იყოს შედარებით მსუბუქი სასჯელი, მაგრამ ეს შეხედულება არ გაიზიარა როგორც ევროპის, ისე ანგლო-საქსურმა სამართალმა.

²¹ იხ. იქვე, გვ. 120.

²² იხ. ტატულაშვილი ლ., იქვე, გვ. 62.

²³ Мор, Т., Утопия, Харьков 1923, 111.

²⁴ ბერიანიძე ს., ევთანაზია: უფლება სიცოცხლეზე თუ უფლება სიკვდილზე? ნიგნში: სამართლებრივი და დეონტოლოგიური ასპექტები, საქართველოს სოციალურ-ეკონომიკური და სამართლებრივი განვითარების პერსპექტივები გლობალური გამოწვევების ფონზე, თბ. 2010, გვ. 97.

XX საუკუნის დასაწყისში გერმანელმა იურისტმა ბინდიგმა და ფსიქიატრმა ჰოხემ წამოაყენეს წინადადება, ევთანაზიად ჩათვლილიყო ე.წ. „არასრულფასოვანი“ სიცოცხლის მოსპობა, რაც დასაბუთებული იყო საზოგადოებრივის ზედმეტი ტვირთის, „არასრულფასოვანი ადამიანების“, მოკვდინების აუცილებლობით.²⁵

XX საუკუნის პირველ ნახევარში (30-40-იან წლებში) ფაშისტურ გერმანიაში ევთანაზია ხორციელდებოდა მასობრივი მასშტაბით (ევთანაზიის ფართო გაგება), ბოროტი მიზნით, რამაც შეაძრწუნა იმდროინდელი სამყარო. ჰიტლერის ბრძანებულების საფუძველზე, ევთანაზიის მიზნით, გაზის კამერებში მოათავსეს ათი ათასობით მოზარდი და უფროსი ასაკის ადამიანი გონებრივი აშლილობით.

ფაშიზმის დამარცხების შემდეგ, ნაცისტების მიერ ჩატარებული ექსპერიმენტები მსოფლიო სამედიცინო ასოციაციამ დაგმო. ფაშიზმის დროს განხორციელებული პროგრამა ითვალისწინებდა განუკურნებელი სენით დაავადებული ავადმყოფების, ფიზიკური თუ სულიერი ნაკლის მქონე ადამიანების, არატრადიციული სექსუალური ორიენტაციის მქონე ადამიანების, ასევე ე.წ. „არასრულფასოვანი ეროვნების“ წარმომადგენელთა მასობრივ განადგურებას. საზოგადოებრივმა აზრმა მთელ მსოფლიოში უარყო ევთანაზია, როგორც ჰუმანურობის წინააღმდეგ მიმართული ქმედება, მაგრამ 15-20 წლის გასვლის შემდეგ, ევთანაზიის საკითხი ისევ აქტუალური გახდა, ისევ დაიწყო საზოგადოებრივი მოძრაობა „უფლება ღირსეულ სიკვდილზე“.

ქართულ საზოგადოებრივ ცნობიერებაში ევთანაზიის მიმართ მართლმადიდებლური მრწამსის გავლენით უარყოფითი დამოკიდებულებაა დამკვიდრებული. უფრო მეტიც, ცოცხად არის აღიარებული. თუ ევთანაზია „კარგ სიკვდილს“, ნიშნავს, მას „ცუდი უკვდავება“ მოსდევს ჯოჯოხეთში.

ქართული საზოგადოების მრწამსმა შესაბამისად გავლენა იქონია ეროვნულ კანონმდებლობაზე. საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსი ევთანაზიას მკვლელობად მიიჩნევდა, მაგრამ გარდაცვლილის თხოვნის და შებრალების მოტივის გათვალისწინებით

²⁵ იხ. ნიურნბერგის კოდექსი, ბიოეთიკა, თბ. 2001, გვ. 332-333.

სასჯელი საგრძნობლად მსუბუქდებოდა. ევთანაზია ფასდებოდა, როგორც ბრალის შემამსუბუქებელი ზოგადი გარემოება, ამ შემთხვევაში გათვალისწინებული იყო ავადმყოფის დაჟინებული თხოვნა და სიბრალულის მოტივი.²⁶

ევთანაზიის საკითხი დღესაც, ისევე როგორც მსოფლიოში, საქართველოშიც დისკუსიის აქტიურ საგნად რჩება.

1.1. ევთანაზიის სახეობა

ევთანაზიის განხორციელების ორ სახეს განიხილავენ: „პაციენტის თანხმობით (ნებაყოფლობითი ევთანაზია) და მისი თანხმობის გარეშე (იძულებითი ევთანაზია). პირველ შემთხვევაში პაციენტი თავად გამოთქვამს სიკვდილის სურვილს. მეორეში - პაციენტს ფიზიოლოგიური მდგომარეობის გამო არ შესწევს უნარი მიიღოს გადაწყვეტილება, რის გამოც ასეთ ვითარებაში გადაწყვეტილებას იღებს ოჯახის წევრი. ასეთი პირის არარსებობის (ხელმიუწვდომლობის) შემთხვევაში, სასამართლოს გადაწყვეტილებით ეს ფუნქცია შეიძლება გადაეცეს სოციალურ მუშაკს, ადვოკატს ან სხვა ოფიციალურ პირს. კეთილი ზრახვების არქონა გულისხმობს, რომ ამ პირებს ავადმყოფის მიმართ სიბრალულის გრძნობა არ ამოძრავებთ. სახეზეა ანგარება, ქონების დაპატრონების, უსარგებლო ტვირთის მოშორების ან სხვა მიზანი.²⁷

სამეცნიერო ლიტერატურაში ევთანაზიის სამ სახეს განიხილავენ:

1. აქტიურ ევთანაზიას;
2. პასიურ ევთანაზიას;
3. თვითმკვლევლობას ექიმის დახმარებით.

აქტიური ნებაყოფლობითი ევთანაზია გულისხმობს უკუჩვენებელი დაავადების ტერმინალურ სტადიაზე მყოფი ავადმყოფის მიმართ

²⁶ ლეკვეიშვილი მ., ადამიანის სიცოცხლის წინააღმდეგ მიმართულ დანაშაულთა ზოგიერთი თავისებურება ახალი სისხლის სამართლის კოდექსის მიხედვით, ჟ. „სამართალი“ №6-7, 2000, გვ. 80.

²⁷ სადრაძე თ., ევთანაზია და ფეტუსის სისხლისსამართლებრივი დაცვის პრობლემები, თბ. 2019, გვ. 28.

ისეთი პრეპარატის გამოყენებას, რომელიც აჩქარებს სიკვდილს²⁸ (ე.წ. „შევსებული შპრიცის მეთოდი“).

პასიური ევთანაზია გულისხმობს უკურნებელი სენით დაავადებული პაციენტისთვის დამხმარე თერაპიის შეწყვეტას²⁹ (ე.წ. „გადადებული შპრიცის მეთოდი“), რაც შედეგად სიკვდილს იწვევს, მაგრამ სიკვდილის დადგომას არ აჩქარებს. პასიური ევთანაზიის დროს შედეგი დგება ბუნებრივად, სამედიცინო დახმარების შეწყვეტის გზით. „პასიური ევთანაზიის ტიპური მაგალითია საფრანგეთის ყოფილი პრეზიდენტის ფრანსუა მიტერანის სიკვდილი. ავთვისებიანი სიმსივნით დაავადებულმა მიტერანმა, მკურნალ ექიმებთან შეთანხმების შემდეგ, შეწყვიტა წამლების მიღება (ტკივილგამაყუჩებელი საშუალებების გარდა). რამდენიმე დღის შემდეგ პრეზიდენტი გარდაიცვალა.“³⁰

აქტიური ევთანაზია არის პირის განზრახ მკვლელობა შეწყველების მოტივით, ხოლო პასიური ევთანაზია ნიშნავს სიცოცხლის ხელშეწყობის საშუალებების განზრახ შეწყვეტას, რა დროსაც ბუნებრივი სიკვდილი დგება. სამედიცინო აპარატურის გამორთვით, ექიმი უარს ამბობს პაციენტის მკურნალობაზე. აქ ადგილი აქვს არა მოქმედებას, არამედ ექიმის მიერ მკურნალობის გაგრძელებაზე უარის თქმას, ე.ი. უმოქმედობას. თუ ექიმი ავადმყოფს პირველად სამედიცინო დახმარებას შეუწყვეტს, მისი ქმედება შეფასდება როგორც უმოქმედობა, ასევე შეფასდება ექიმის მიერ აპარატის გამორთვა, ვინაიდან მიუხედავად იმისა, რომ ექიმი გარკვეულ მოქმედებას ახორციელებს, რათა სამედიცინო აპარატი გამორთოს, მისი სხეულებრივი მოძრაობა იწვევს სამედიცინო დახმარების შეწყვეტას.³¹

თვითმკვლელობა ექიმის დახმარებით გულისხმობს, ავადმყო-

²⁸ ავტორთა კოლექტივი, სისხლის სამართლის კერძო ნაწილი, წიგნი I, მეოთხე გამოცემა, თბ. 2011, 53.

²⁹ ავტორთა კოლექტივი, სისხლის სამართლის კერძო ნაწილი, წიგნი I, მეოთხე გამოცემა, თბ. 2011, 53.

³⁰ იხ. მამულაშვილი ბ., ბიოეთიკა, სახელმძღვანელო უმაღლესი სასწავლებლის სტუდენტებისთვის, თბ. 2011, 142.

³¹ იხ. მჭედლიშვილი-ჭედრიხი ქ., სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილი II, დანაშაულის გამოვლინების ცალკეული ფორმები, თბ. 2011, გვ. 294-295.

ფისვე თხოვნით, მისთვის სიცოცხლის მომსწრაფველი პრეპარატების (რასაც თავად ავადმყოფი იყენებს დამოუკიდებლად), ან მათ შესახებ ინფორმაციის გადაცემას. ექიმი უზრუნველყოფს პაციენტისთვის სიცოცხლის დასრულების პროცესს, მაგრამ არ წარმართავს მას, მაგ., თუ ექიმი პაციენტს მორფინის სასიკვდილო დოზას უკეთებს, ეს აქტიური ევთანაზიაა, მაგრამ თუ ექიმი პაციენტის სანოლთან დებს საინექციოდ გამზადებულ ნემსს, პაციენტს განუმარტავს, რას წარმოადგენს ეს ნემსი და ამის შემდეგ პაციენტს მარტო ტოვებს, რათა მან ინექცია თავად გაიკეთოს და პაციენტი ასეც იქცევა – თვითმკვლელობაში დახმარება.³²

„თვითმკვლელობა ექიმის დახმარებით შეიძლება განვსაზღვროთ, როგორც ექიმის მიერ განხორციელებული ქმედება, რომელიც უზრუნველყოფს პაციენტის სიკვდილს.“³³

აქტიური ევთანაზიის სამ სახეს გამოყოფენ:

- 1) მკვლელობას თანაგრძნობის გამო;
- 2) ნებაყოფლობით აქტიურ ევთანაზიას;
- 3) თვითმკვლელობას ექიმის დახმარებით.

პირველ შემთხვევაში სიცოცხლე, რომელიც პაციენტისათვის ტანჯვას წარმოადგენს, ასე თუ ისე წყდება მეორე ადამიანის, მაგ., ექიმის მიერ, ამასთან არა აქვს მნიშვნელობა, ეს კეთდება თუ არა გატანჯული პაციენტის თანხმობით (როცა პაციენტი უგონოდაა). მეორე და მესამე შემთხვევაში პირიქით, სახეზეა პაციენტის თანხმობა, ექიმი ავადმყოფს ხელში გადასცემს საშუალებას, ან აწვდის ინფორმაციას სიცოცხლის მომსწრაფველი პრეპარატების შესახებ, რაც მას დაეხმარება თავის მოკვლაში. „განსხვავება ევთანაზიის ამ ორ ფორმას შორის იმაში მდგომარეობს, რომ მეორე შემთხვევაში ექიმი ავადმყოფის თხოვნით უკეთებს მას სასიკვდილო ინექციას, მაშინ როცა მესამე შემთხვევაში, ექიმი ავადმყოფს ხელში გადასცემს საშუალებას, რომელიც მას დაეხმარება თავის მოკვლაში. ასეთი საქმიანობით ფართოდაა ცნობილი სომხური წარმოშობის ამერიკელი

³² იხ. www.pregnantpause.org/euth/types.htm/Types of euthanasia/Posted 20 Nov 2001 (14.08.2011).

³³ www.pregnantpause.org/euth/compass.htm/Compassionate Death/Posted 6 Sep 2000/Copyright 1998 by Dayton Right to Life, (14.08.2011).

ექიმი ჯეკ გევორქიანი - „ექიმი სიკვდილი“, რომელმაც ამ ქვეყნიდან ბევრი პაციენტი გაისტუმრა სწორედ ასეთი „გულმონყალებისა და ჰუმანური მოსაზრების“ გამო.“³⁴

პასიური ევთანაზიის პრობლემასთან დაკავშირებით განასხვავებენ დისტანაზიისა და ორთოთონაზიის ცნებებს.

დისტანაზიის ცნებაში იგულისხმება ექიმის მიერ ავადმყოფის სიცოცხლის შემანარჩუნებელი ძვირადღირებული საშუალებების შეზღუდვა მაშინ, როცა მისი ავადმყოფობა განუკურნებლად ითვლება; ორთოთონაზია ეწოდება სიცოცხლის შესანარჩუნებლად საჭირო ზომების (კერძოდ, ძვირადღირებული საშუალებების) შეწყვეტას, ან მკურნალობის არდაწყებას, რომელიც იწვევს ავადმყოფის ბუნებრივ სიკვდილს.³⁵

დისტანაზია და ორთოთონაზია არ გულისხმობს ტკივილგამაყუჩებელი პრეპარატების შეწყვეტას, ამ დროს ხდება მხოლოდ ავადმყოფის სიცოცხლის შემანარჩუნებელი ძვირადღირებული საშუალებების შეზღუდვა-შეწყვეტა, ამ საშუალებების დაზოგვის მიზნით. დისტანაზია და ორთოთონაზია უნდა განვასხვაოთ პასიური ევთანაზიისგან.

როგორც ზემოთ აღინიშნა, პასიური ევთანაზიის დროს ხდება მკურნალობის მთლიანად შეწყვეტა (მაგრამ აქაც, როგორც წესი, არ ხდება ტკივილგამაყუჩებელი ნამლების შეწყვეტა), რასაც ავადმყოფის გარდაცვალება მოსდევს, დისტანაზიისა და ორთოთონაზიის დროს პაციენტს უწყდება სიცოცხლის შემანარჩუნებელი ძვირადღირებული საშუალებები, რაც არ ნიშნავს მკურნალობის შეწყვეტას, მკურნალობა გრძელდება, მაგრამ არა ძვირადღირებული, არამედ მხოლოდ იაფი ნამლების გამოყენებით.

აქტიური ევთანაზიის დროს, წამლის სასიკვდილო დოზის ავადმყოფის ვენაში შეყვანა პირდაპირ მიზეზობრივ კავშირშია ავადმყოფის სიკვდილთან, რომელიც ამ აქტიდან ძალიან მოკლე პერიოდში დგება და სიკვდილოს რეალურად იწვევს არა უკურნებელი სენი, არა-

³⁴ იხ. მამულაშვილი ბ., ბიოეთიკა, სახელმძღვანელო უმაღლესი სასწავლებლის სტუდენტებისთვის, თბ. 2011, გვ. 123.

³⁵ იხ. ტატულაშვილი ლ., დასახ. სტატია, გვ. 66.

მედ ექიმის მიერ გაკეთებული პრეპარატის ჭარბი დოზა.³⁶

ევთანაზია შეიძლება განხორციელდეს მედიკამენტოზური და არამედიკამენტოზური ხერხით. პირველი სამეცნიერო საშუალებების გამოყენებას და მის გამოუყენებლობასაც გულისხმობს (მაგ., ვენაში სასიკვდილო ინექციის შეყვანა, ფილტვების სავინტილაციო აპარატის გამორთვით და ა.შ.), არამედიკამენტოზური ევთანაზიის დროს, სიკვდილი დგება არასამედიცინო საშუალებების გამოყენებით (მაგ., იარაღის გამოყენებით).³⁷

1.2. ევთანაზია და სიცოცხლის უფლება

ევთანაზიის პრობლემა მსოფლიოს სხვადასხვა დარგის მეცნიერებისათვის მწვავე დაპირისპირების საგანია. სიცოცხლის უფლების ფართო განმარტება მოიცავს ისეთ უმნიშვნელოვანეს პრობლემას, როგორცაა ევთანაზია – უიმედო, მძიმე ავამდყოფის უფლება, ტანჯვის შეწყვეტის მიზნით, დააჩქაროს სიკვდილი.

ევთანაზიის, როგორც დანაშაულის ობიექტია მომაკვდავი ადამიანის სიცოცხლე. სსკ 110-ე მუხლი მკვლევობად მიიჩნევს ქმედებას, როცა სიცოცხლის მოსპობა ხდება როგორც დაზარალებულის თანხმობით, ასევე მისი ნების საწინააღმდეგოდ. სახელმწიფო აკისრია ვალდებულება, რომ ადამიანის სიცოცხლის უფლება დაიცვას როგორც საკუთარი თავისგან, ასევე კერძო პირთა მხრიდანაც. სიცოცხლის უფლების დარღვევა არ შეიძლება გამართლებულ იქნეს საზოგადო კეთილდღეობის დაცვის მოტივით. სიცოცხლის უფლება ბუნებითი უფლებაა, რომელიც სახელმწიფოს მიერ არ არის მოცემული, ანუ თანდაყოლილი, განუყოფელი უფლებაა. ამ უფლებას იცავს კანონი.

მიუხედავად იმისა, რომ ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის მე-2 მუხლი სიცოცხლეს უზენაეს ღირებულებად აცხადებს, იგი გარანტირებულად არ აცხადებს ადამიანის სიცოცხლის უპირობო დაცვას. „ყოველი ადამიანის სიცოცხლის უფლება კანონით უნდა იყოს დაცული. არავის სიცოცხლე არ შეიძლება განზრახ იყოს

³⁶ იხ. სადრადე თ., ევთანაზია და ფეტუსის სისხლისამართლებრივი დაცვის პრობლემები, თბ. 2019, გვ. 32.

³⁷ ტატულაშვილი ლ., დასახ. სტატია, გვ. 65.

ხელყოფილი. სიცოცხლის ხელყოფა დასაშვებია მხოლოდ სასამართლოს მიერ გამოტანილი სასიკვდილო განაჩენის აღსრულების შედეგად, ისეთი დანაშაულის ჩადენისათვის, რომლისთვისაც კანონი ითვალისწინებს ამ სასჯელს.“ სიცოცხლე აღიარებულია უზენაეს ღირებულებად, თუმცა იგი არ წარმოადგენს აბსოლუტურად დაცულ სამართლებრივ სიკეთეს, ვინაიდან არსებობს გარემოებები, რომელთა არსებობაც სიცოცხლის უფლების ხელყოფის გამართლების უფლებას იძლევა.

თანამედროვე მსოფლიო სოციალური პრაქტიკა იცნობს ისეთ შემთხვევებს, როცა უიმედო მდგომარეობაში მყოფი ავადმყოფები თხოვნით მიმართავენ ექიმებს ან კერძო პირებს, რათა დააჩქარონ მათი სიკვდილი. ასეთი პაციენტების როლში გამოდიან ის პირები, რომლებიც განიცდიან აუტანელ ტანჯვას - ინვალიდები, ღრმად მოხუცებული ავადმყოფები და სხვა, რომელთაც არ შეუძლიათ იზრუნონ საკუთარ თავზე, აგრეთვე ის მშობლები, რომელთა ბავშვებსაც აქვთ უმძიმესი თანდაყოლილი სიმახინჯე და რომელთა გამოჯანმრთელებაც არ მოხდება.

ევთანაზია მრავალი საუკუნეა რაც განიხილება, თუმცა მაინც ვერ მოხერხდა საერთო მოსაზრების ჩამოყალიბება. მღვდელთმსახურთა პოზიცია მასთან დაკავშირებით ცალსახაა, ისინი უარყოფენ ევთანაზიას. რაც შეეხება ექიმებს, იურისტებს, პედაგოგებს, ფსიქოლოგებს, ფილოსოფოსებს, მათი აზრი იცვლება ცხოვრების რეალური პირობების გათვალისწინებით.

თავი 2. ევთანაზიის უპირატესი-სამართლებრივი დახასიათება (ევთანაზიის მსოფლიო პრაქტიკა)

ევთანაზიის უფლება დღეს მსოფლიოს დისკუსიის საგანია. სახელმწიფოთა შეხედულების მრავალფეროვნება და სტატისტიკა, რომელიც ადასტურებს, რომ ევთანაზიის გამოყენება მატულობას, მონიშნავს კიდევ ერთხელ ამ საკითხის აქტუალობას და მოითხოვს სასწრაფო წესით მის გადაწყვეტას. რა მდგომარეობაა დღეს თანამედროვე მსოფლიოში? როგორია ქვეყნების და სასამართლოების პრაქ-

ტიკა და რაც ამჯერად, ყველაზე მნიშვნელოვანია, როგორია საქართველოში ამ მხრივ სიტუაცია?

მსოფლიოში ევთანაზიასთან მიმართებით არსებობს სამი სისტემა:

ქვეყნები, რომლებიც ევთანაზიას ჩვეულებრივ მკვლევლობად აფასებენ (ინგლისი, საფრანგეთი, რუსეთი);

ქვეყნები, რომლებიც ევთანაზიისთვის მსუბუქ სასჯელს აწესებენ (გერმანია, შვეიცარია, ავსტრია);

ქვეყნები, რომლებმაც მოახდინეს ევთანაზიის დეკრიმინალიზაცია (პერუ, ურუგვაი, პოლანდია, სკანდინავიის ქვეყნები, ორეგონის და ვაშინგტონის შტატები აშშ-ში).

პოლანდია პირველი აღმოჩნდა ამ მიმართულებით და ჯერ კიდევ 70-იან წლებში დააკანონა ევთანაზია. მარტო სასიკვდილო ინექციები, როგორც სტატისტიკა იტყობინება, 2216 ადამიანს გაუკეთდა.

საინტერესო შემთხვევას ჰქონდა ადგილი დიდ ბრიტანეთში, როცა 43 წლის ქალბატონმა დიან ფრიტმა სასამართლოს მიმართა. მას ცენტრალური ნერვული სისტემის ნევრო-დეგენერაციული დაავადება ჰქონდა, რომელიც მაკონტროლებელი კუნთების, მეტყველების და ყვაპვის განღვევას, სუნთქვის უკმარისობას და პნევმონიას იწვევდა. ქალბატონის მდგომარეობა სწაფად უარესდებოდა. მას არ სურდა განეცადა იმ ტანჯვის გადატანა, რაც მოუწევდა. სურდა, თავად გადაეწყვიტა, როდის მოკვდებოდა, მაგრამ თვითმკვლელობა არ შეეძლო სხვისი დახმარების გარეშე. დიან ფრიტს დიდი ბრიტანეთის სამართალმ არ მისცა ამის უფლება. სასამართლომ დაადგინა, რომ კონვენციის მე-2 მუხლი არ შეეხება იმ გადანწყვეტილებას, რომელიც ადამიანს სიცოცხლის მიმართ შეიძლებოდა მიეღო და რომ აღნიშნული მუხლი არ შეიძლება განიმარტოს, როგორც „სიკვდილის უფლება“; სასამართლომ გადანწყვეტილება მიიღო სიცოცხლის უფლების აბსტრაქტული განმარტებით, რომ ეს უფლება უმაღლეს ღირებულებას წარმოადგენს და უპირობოდ უნდა იქნეს დაცული. მონინაალმდეგეთა აზრით, აღნიშნული გადანწყვეტილებით, სასამართლომ არ დაიცვა სიცოცხლის უფლება, რომელს უმაღლეს ადამიანურ ღირებულებად მიიჩნევა.

სასამართლოს მითითებული გადაწყვეტილებიდან გამომდინარე, შეიძლება ითქვას, რომ წევრი სახელმწიფოები, რომლებიც უშვებენ აქტიურ ევთანაზიას, ეწინააღმდეგებიან და არღვევენ კონვენციის მე-2 მუხლს. აღნიშნულ საკითხთან დაკავშირებით სტრასბურგის სასამართლომ დააფიქსირა, რომ აქტიური ევთანაზიის ლეგალიზების საკითხი განეკუთვნება წევრ სახელმწიფოთა დისკრეციულ უფლებამოსილებას. აღნიშნულით ღიად დატოვა საკითხი, რათა აეცილებინა ურთიერთდაპირიპირება ეროვნულ კანონმდებლობასა და საერთაშორისო პრინციპებს შორის.

თავი 3. ევთანაზია ქართული კანონმდებლობის მიხედვით

ევთანაზიის მიმართ ქართულ საზოგადოებრივ ცნობიერებაში დამკვიდრებულია ძირითადად უარყოფითი დამოკიდებულება, რაც განპირობებულია საქართველოს მართლმადიდებელი ეკლესიის პოზიციით, ძირძველი ეროვნული ტრადიციებით და წეს-ჩვეულებებით, რომლის თანახმადაც, ევთანაზია აშკარა მკვლელობა და თვით-მკვლელობაა, ე.ი. დიდი ცოდვაა. საინტერესო შემთხვევაა ისიც, რომ ქართული სასამართლო პრაქტიკა არ იცნობს არც ერთ სისხლის სამართლის საქმეს ევთანაზიის თაობაზე.

ევთანაზია წარმოშობს ინტერესთა კონფლიქტს ორ უფლებას შორის: ერთი ეს არის ადამიანის უფლება და მეორე მომაკვდავი პირის სიკვდილის სურვილი. 1995 წლის 24 აგვისტოს მიღებული საქართველოს კონსტიტუციის მე-15 მუხლი მიუთითებს: „სიცოცხლე ადამიანის ხელშეუვალი უფლებაა და მას იცავს კანონი“, რაც იმას ნიშნავს, რომ ადამიანის სიცოცხლე აღნიშნული კონსტიტუციით დაცულია მისი წარმოშობის მომენტიდან გარდაცვალებამდე. ადამიანის სიცოცხლის მოსპობის დაჩქარება ამიტომ არა მარტო უბრალოდ სამართალდარღვევაა, არამედ დანაშაულია, რაც დაცულია კონსტიტუციის მე-15 და დასჯადია სისხლის სამართლის კოდექსით (მათ შორის სსკ-ის 110-ე მუხლით).

„საქართველოს სისხლის სამართლის კანონმდებლობა აქტიურ ევთანაზიას აბსოლუტურად მიუღებლად მიიჩნევს, რადგან ექიმმა არც ერთ შემთხვევაში არ უნდა მოუსწრაფოს სიცოცხლე ადამიანს

და თანაც საფრთხე არ უნდა შეუქმნას მედიკოსის პროფესიის ზნეობრივ საფუძველს.³⁸

საქართველოს კანონმდებლობა ევთანაზიას განიხილავს როგორც განზრახ მკვლელობას, ჩადენილს შემამსუბუქებელ გარემოებებში და სასჯელიც შესაბამისად მსუბუქია, ვიდრე ჩვეულებრივი განზრახი მკვლელობისთვის. ფართო მნიშვნელობით, ევთანაზია ფსიქიკურად ან ფიზიკურად „არასრულფასოვანი სიცოცხლის“ მოსპობაა კეთილშობილური მოსაზრებით. სწორედ ამიტომ, კანონმა სიბრალულის მოტივი ჩადო ამ მუხლში, როგორც პასუხისმგებლობის შემამსუბუქებელი გარემოება.

საქართველოს სსკ 110-ე მუხლის თანახმად, დასჯადია მკვლელობა მსხვერპლის თხოვნით და მისი ნამდვილი ნების შესაბამისად, ჩადენილი მომაკვდავის ძლიერი ფიზიკური ტკივილისაგან გათავისუფლების მიზნით. აღნიშნული ქმედებისათვის სანქციით გათვალისწინებულია თავისუფლების აღკვეთა ორიდან ხუთ წლამდე ვადით.

მოქმედი სისხლის სამართლის კანონმდებლობა მკვლელობად მიიჩნევს ქმედებას, როცა სიცოცხლის მოსპობა ხდება როგორც ადამიანის ნების სანინაღმდეგოდ, ისე დაზარალებულის თანხმობით, უფრო მეტიც, მისი თხოვნითაც. თანხმობა არ ათავისუფლებს პირს პასუხისმგებლობისგან, იგი პასუხს აგებს განზრახ მკვლელობისთვის. ევთანაზია, ქართული კანონმდებლობის თანახმად, მიჩნეულია როგორც მკვლელობა ჩადენილი შემამსუბუქებელ გარემოებაში და შესაბამისად მსუბუქ სასჯელს ითვალისწინებს ვიდრე ჩვეულებრივი, განზრახი მკვლელობისთვის.

საქართველოს მოქმედი სსკ-ის თანახმად, განსახილველი დანაშაულის სისხლისსამართლებრივი დაცვის ობიექტია მომაკვდავი ადამიანის სიცოცხლე. მოცემულ შემთხვევაში სიტყვა „მომაკვდავი“ გამოხატავს არა უბრალოდ სიკვდილის პირას მყოფ პიროვნებას, ანდა უკურნებელი სენით დაავადებულ პაციენტს, არამედ უკურნებელი სენით დაავადებულ, ავადმყოფობის ბოლო სტადიაზე მყოფ ავადმყოფს, რომელიც აუტანელ ფიზიკურ ტკივილებს განიცდის.

დანაშაულის შემადგენლობისთვის აუცილებელი მოთხოვნაა

³⁸ ნუღაია ზ., დანაშაული ადამიანის წინააღმდეგ, თბ. 2000, გვ. 50.

ობიექტის დაჟინებული თხოვნა, რაც გულისხმობს პაციენტის მიერ მუდმივ, უწყვეტ, არაერთგზის, დაბეჯითებულ ნების გამოხატვას ძირითადად ოჯახის წევრების ან/და ექიმის მიმართ, რათა მათ ევთანაზიის აქტით, აუტანელი ფიზიკური ტკივილებისაგან გაათავისუფლონ იგი.

ერთმანეთისგან უნდა განვასხვაოთ არაერთგზის და დაჟინებული თხოვნა.

არაერთგზის თხოვნას მაშინ აქვს ადგილი, როცა ობიექტი საკუთარ სურვილს აშკარად გამოხატავს და არანაკლებ ორგზის.

დაჟინებული თხოვნაა განუწყვეტელი მოთხოვნა, რომელიც კონკრეტული ადრესატის მიმართა არის განხორციელებული; ევთანაზიის დისპოზიციის თანახმად, ადგილი აქვს მსხვერპლის დაჟინებულ თხოვნას, რითაც იგი გარკვეულ ფსიქიკურ ზემოქმედებას ახდენს სხვა ადამიანზე, შეიძლება ითქვას, რომ ფსიქოლოგიურად აიძულებს კიდევ ჩაიდინოს აღნიშნული ქმედება, მიიღოს გადაწყვეტილება - აღასრულოს დაზარალებულის ნება სიკვდილით იხსნას იგი ტანჯვისაგან. ქართველ მეცნიერთა აზრით, „ეს თხოვნა უნდა გამოხატავდეს მომაკვდავის ნამდვილ ნებას. იგი უნდა იყოს ისეთ მდგომარეობაში, რომ სრულად შეეძლოს კონტროლი გაუწიოს და უხელმძღვანელოს თავის მოქმედებას, თუ მსხვერპლს ამის შესაძლებლობა არა აქვს, მისთვის სიცოცხლის მოსპობა უკვე ჩვეულებრივი მკვლელობაა, ცხადია, თუ არ არსებობს სხვა დამამძიმებელი გარემოება.“³⁹

„ქმედებას ევთანაზიის კვალიფიკაცია რომ მიეცეს, თხოვნა უნდა მომდინარეობდეს მხოლოდ ავადმყოფისგან, გამოთქმული უნდა იყოს გაცნობიერებულად, საღი გონებით, განმეორებულ უნდა იქნას არაერთგზის (რამდენჯერმე), ავადმყოფი უნდა მოქმედებდეს იძულების გარეშე. სიკვდილის სურვილის შესახებ თხოვნის საფუძველი უნდა იყოს ავადმყოფობით გამოწვეული ძლიერი ფიზიკური ტკივილი, ტანჯვა და არა სხვა ფაქტორები, მაგ., მატერიალური, ოჯახური და სხვა ხასიათის.“⁴⁰

³⁹ ავტორთა კოლექტივი, სისხლის სამართლის კერძო ნაწილი, წიგნი I, მეოთხე გამოცემა, თბ. 2011, გვ. 55.

⁴⁰ იხ. იქვე, გვ. 55.

ობიექტური მხრივ ეს დანაშაული გამოიხატება მსხვერპლის (მომაკვდავის) დაჟინებულ თხოვნის და მისი ნამდვილი ნების შესაბამისად, შთაგონებული ბრალდებულის მიერ მსხვერპლისთვის, განუკურნებელი სენით შეპყრობილი ადამიანისთვის სიცოცხლის მოსპობაში. დანაშაული გამოიხატება აქტიურ მოქმედებაში, პაციენტის ორგანიზმში ხდება პრეპარატის სასიკვდილო დოზის შეყვანა, რაც დაზარალებულის გარდაცვალებას იწვევს.

„დანაშაული დამთავრებულად ითვლება მსხვერპლის თხოვნით მკვლელობის მომენტიდან, ე.ი. ევთანაზიის განხორციელების მომენტიდან.“⁴¹ თუკი ქმედება განხორციელდა, თუმცა შედეგი ვერ დადგა (პრეპარატის არასაკმარისი დოზის გამო, ან იმის გამო, რომ ევთანაზიის განხორციელებაში სხვა პირმა ხელი შეუშალა), სახეზე იქნება ევთანაზიის მცდელობა და პასუხისმგებლობა დადგება სსკ 19,110-ე მუხლით.

ევთანაზია დანაშაულთა მატერიალურ შემადგენლობას განეკუთვნება, აუცილებელია არსებობდეს მიზეზობრივი კავშირი ქმედებასა და დამდგარ შედეგს შორის.

აქტიური ევთანაზიის დროს პირის მოქმედება, ავადმყოფის ორგანიზმში წამლის სასიკვდილო დოზის შეყვანა, პირდაპირ კავშირშია დამდგარ შედეგთან – დაზარალებულის გარდაცვალებასთან. პასიური ევთანაზიის დროს, კი მკურნალობის შეწყვეტა ან სასუნთქი აპარატის გამორთვა პირდაპირ კავშირშია იმასთან, რომ პაციენტის სიცოცხლე არ გახანგრძლივდა და იგი ბუნებრივად დასრულდა. ამ შემთხვევაში აქტიური ევთანაზიისგან განსხვავებით, სახეზე არ არის სიკვდილის დაჩქარება, სახეზეა მხოლოდ მკურნალობის შეწყვეტა და მოვლენების ბუნებრივად განვითარებაზე მიშვება, ანუ პასიური ევთანაზია იურიდიულად უთანაბრდება იმ შემთხვევას, როცა ავადმყოფის ნებით მკურნალობა საერთოდ არ დაწყებულა.⁴² სწორედ ამიტომ საქართველოს კანონის „პაციენტის უფლებების შესახებ“, 24-ე მუხლი პასიური ევთანაზიის უფლებას ლეგალურად აღიარებს. სა-

⁴¹ ნულაია ზ., სისხლის სამართალი, კერძო ნაწილი, (საქართველოს ახალი სისხლის სამართლის კოდექსის მიმოხილვა), ტომი I, თბ. 2000, გვ. 84.

⁴² იხ. სადრაძე თ, ევთანაზია და ფეტუსის სისხლისამართლებრივი დაცვის პრობლემები, თბ. 2019, გვ. 32-33.

მედიცინო აპარატურის გამორთვით ხდება ექიმის მიერ მკურნალობის გაგრძელებაზე უარის თქმა, ე.ი. უმოქმედობა. უმოქმედობად უნდა შეფასდეს ექიმის მიერ როგორც პირველადი სამედიცინო დახმარების შეწყვეტა, ისე აპარატის გამორთვა, ვინაიდან მისი მოქმედება იწვევს სამედიცინო დახმარების შეწყვეტას.⁴³

სსკ 110-ე მუხლის თანახმად, გათვალისწინებული დანაშაულის სუბიექტად გვევლინება როგორც საერთო სუბიექტი 14 წლის ასაკიდან, ასევე სპეციალური სუბიექტი, მაგ., მკურნალი ექიმი.

სსკ 110-ე მუხლით გათვალისწინებული მკვლელობის სწორად შეფასებისა და კვალიფიკაციისათვის გადამწყვეტი მნიშვნელობა უნდა მიენიჭოს დანაშაულის მოქმედების სუბიექტურ შემადგენლობას. ქმედება ხორციელდება პირდაპირი განზრახვით – სუბიექტს ავადმყოფის ორგანიზმში შეჰყავს ნივთიერება და იცის, რომ ამით მისი სიცოცხლე განადგურდება. ამასთან, აუცილებელია სპეციალური მიზანი – გაათავისუფლოს მსხვერპლი ძლიერი ფიზიკური ტკივილისგან. ქმედება „ნაკარნახევია მომაკვდავის დაჟინებული თხოვნით, რათა ავადმყოფი გაათავისუფლდეს ძლიერი ფიზიკური ტკივილისგან, მაგალითად, ბრძოლის ველზე მძიმედ დაჭრილი იმ მეომრის მოკვლა, რომლის ტრანსპორტირებაც შეუძლებელია და სხვა არავითარი საშუალება არ არსებობს მის გადასარჩენად, მებრძოლები კი უკან იხევენ.“⁴⁴ ზემოაღნიშნული მაგალითი ევთანაზიად არის მიჩნეული, თუმცა მეცნიერთა ნაწილს მიაჩნია, რომ დაჭრილი ჯარისკაცის მიმართ განხორციელებულ ქმედებას საერთო არ აქვს ევთანაზიასთან, ვინაიდან სახეზე არ არის უკურნებელი სენით დაავადებული პაციენტის ავადმყოფობის ბოლო სტადია, სახეზეა მხოლოდ მძიმედ დაჭრილი ჯარისკაცი. ასევე არსად ჩანს ავადმყოფის მიერ განხორციელებული დაჟინებული თხოვნა, რაც დროში უნდა იყოს განწელილი.⁴⁵

⁴³ იხ. წულაია ზ., სისხლის სამართალი, კერძო ნაწილი, (საქართველოს ახალი სისხლის სამართლის კოდექსის მიმოხილვა), ტომი I, თბ. 2000, გვ. 83-84.

⁴⁴ ავტორთა კოლექტივი, სისხლის სამართლის კერძო ნაწილი, წიგნი I, მეოთხე გამოცემა, თბ. 2011, გვ. 55.

⁴⁵ იხ. სადრაძე თ., ევთანაზია და ფეტუსის სისხლისამართლებრივი დაცვის პრობლემები, თბ. 2019 გვ. 111-112.

მომაკვდავის ძლიერი ფიზიკური ტკივილისაგან გათავისუფლების მიზანი საქართველოს მოქმედი სსკ 110-ე მუხლით გათვალისწინებული დანაშაულის სუბიექტური შემადგენლობის აუცილებელი ელემენტია. სსკ 110-ე მუხლით ქმედების დაკვალიფიცირებისთვის აუცილებელია შემდეგი პირობების არსებობა:

1. ქმედების ამსრულებლის შთაგონება დაზარალებულის მიერ;
2. მომაკვდავის დაჟინებული და არაერთგზის თხოვნა;
3. დაზარალებულის ნების შესაბამისობა (თხოვნა უნდა შეესაბამებოდეს მსხვერპლის ნამდვილ ნებას);
4. მომაკვდავის მიერ განცდილი ძლიერი ფიზიკური ტკივილი;
5. სიკვდილის სურვილის შესახებ თხოვნის საფუძველი უნდა იყოს ავადმყოფობით ევთანაზია არც ბრალის გამომრიცხველ რომელიმე გარემოებას წარმოადგენს. გამონვეული ძლიერი ფიზიკური ტკივილი და ტანჯვა;
6. მომაკვდავი თხოვნის მომენტში უნდა იყოს ნორმალურ ფსიქიკურ მდგომარეობაში, აცნობიერებდეს მისი თხოვნის შედეგს;
7. მკვლელობა მიზნად უნდა ისახავდეს მომაკვდავის ძლიერი ფიზიკური ტკივილებისაგან გათავისუფლებას.

„ქმედების საზოგადოებრივი საშიშროება (სიცოცხლის ნაადრევად, ძალით მოსპობა) მდგომარეობს იმაშიც, რომ პიროვნებას შეუძლია სიცოცხლე მოუსპოს ადამიანს, ამიტომ, სიცოცხლის ხელყოფა, თუნდაც დაზარალებულის დაჟინებული თხოვნით და თანხმობით, ვერ განიხილება ამ ქმედების მართლწინააღმდეგობის გამომრიცხველ და სოციალურად მისაღებ გარემოებად. ასეთ ვითარებაში ჩადენილი ქმედება წინააღმდეგობაშია მთელი საზოგადოების ინტერესებთან და იგი ძირს უთხრის სხვისი სიცოცხლის ხელუხლებლობის საყოველთაოდ აღიარებულ პრინციპს.“⁴⁶

იურისტ მეცნიერთა შორის სადავოდ რჩება საკითხი, ექიმის მიერ გადარჩენის შანსს მოკლებული პაციენტისთვის სამედიცინო აპარატის გამორთვა მოქმედებად ითვლება თუ უმოქმედობად. ქმედების შეფასებისას გადამწყვეტია ის, რომ იგი აპარატურის გამორთვით უარს ამბობს პაციენტის მკურნალობაზე. აქ ადგილი აქვს არა მო-

⁴⁶ სურგულაძე ლ., სისხლის სამართალი, თბ. 2005, გვ. 282.

ქმედებას, არამედ ექიმის მიერ მკურნალობის გაგრძელებაზე უარის თქმას, ე.ი. უმოქმედობას.⁴⁷

თავი 4. ევთანაზიის ზნაოზრივ-ეთიკური პრობლემაჲი, მომხრეთა და მონინაალმდეგეთა არგუმენტაჲი

ევთანაზიის საკითხს როგორც საკანონმდებლო, ისე სოციალურ სფეროში უამრავი მომხრე თუ მონინაალმდეგე ჰყავს. მათ თავიანთი მოსაზრების სისწორის დასაბუთებისათვის ყურადსაღები არგუმენტები აქვთ. ზოგადი კრიტიერიუმის შერჩევის საკითხს ამძიმებს თითოეული პიროვნების, ავადმყოფის უნიკალურობა, მისი ინდივიდუალურობა, მიდრეკილებები, სურვილები, რელიგიურობა, ეთნოფსიქოლოგიური სახე, ტრადიციები, ნეს-ჩვეულებები და ა.შ. დღეს ბევრი იზიარებს იმ აზრს, რომ ევთანაზია არის არა „მკვლელობა“, არამედ ადამიანის „უფლება სიკვდილზე“.

ევთანაზიის საკითხის მომხრეები თვლიან, რომ მისი კანონით აკრძალვა ტანჯვის ნებადართვაა და სხვა არაფერი, როცა ავადმყოფი ხელოვნური მართვის სუნთქვის აპარატზეა მიერთებული და ამას არც შვება მოაქვს და არც გამოჯანმრთელება. მონინაალმდეგენი აცხადებენ, რომ ევთანაზია ბუნებრივი სიკვდილის უარყოფაა, ერთი ადამიანის მიერ მეორისათვის სიცოცხლის მოსწრაფება უზნეო და არაადამიანურია ცივილიზაციის ნებისმიერ საფეხურზე.

„ცხოვრებაში გვხვდება მძიმე შემთხვევები, როდესაც ახლობლებს უხდებათ ჯერ კიდევ საღი აზროვნების მქონე საყვარელი ადამიანის წამების ყურება. ეს საშინელი მდგომარეობა ზოგჯერ თვეები და წლები გრძელდება. რისთვის? რატომ უნდა დაამთავროს ადამიანმა სიცოცხლე და წავიდეს ამ ქვეყნიდან სიცოცხლის სიძულვილით? თუკი ადამიანს აქვს სიცოცხლის უფლება, რატომ არ უნდა ჰქონდეს სიკვდილის უფლება? სად არის საზღვარი ჰუმანურობასა და მკვლელობას შორის?“ რა უფრო ჰუმანურია – რეანიმაცია პაციენტისა, რომელიც დროებით მოვა გონს და ტანჯვაში იქნება, თუ ევთანაზიის განხორციელება? ამ კითხვებზე პასუხი სცილდება სამედიცინო ეთი-

⁴⁷ მჭედლიშვილი-ჭედრიხი ქ., სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილი II, დანაშაულის გამოვლინების ცალკეული ფორმები, თბ. 2011, გვ. 294.

კის ფარგლებს და მოითხოვს სამართლებრივ შეფასებას.⁴⁸

ევთანაზიის მოხრეები აქცენტს აკეთებენ იმ ფაქტზე, რომ ტკივილი და ტანჯვა, რომელსაც ადამიანი ავადმყოფობის სტადიაში განიცდის, ტკივილის შემამსუბუქებელ ფონზეც არ არის აღქმადი იმ ადამიანებისთვის, ვისაც ეს პირადად არ განუცდია. ფიზიკური ტკივილის გარეშეც ხშირად პაციენტებს უჭირთ დამოუკიდებლობის დაკარგვისგან გამონვეული ემოციური ტკივილის გადატანა.

ინგლისის სისხლის სამართლის ერთ-ერთი სახელმძღვანელო ავტორების აზრით „მიუხედავად აკრძალვისა, სამედიცინო პრაქტიკაში არც თუ იშვიათია მსგავსი შემთხვევები,... რაც შეეხება საზოგადოებრივ აზრს, მას ძირითადად ავადმყოფის ახლო ნათესავები და/ან მეგობრები გამოხატავენ და ისინი ამაში ვერაფერს ამორალურს ვერ ხედავენ, პირიქით, თვლიან, რომ ეს უკანასკნელი ორივე მხარისთვის ფიზიკური და მორალური შვების მომტანია, მიუხედავად იმისა, რომ ყველა უდიდეს პატივს სცემს ადამიანის სიცოცხლეს.“⁴⁹

ქრისტიანულმა ეკლესიამ იოანე პავლე მეორის ინიციატივით, სასტიკად დაგმო ევთანაზიის გამოყენება პრაქტიკაში, თუმცა ამას ხელი არ შეუშლია ევთანაზიის გავრცელებისათვის. 1989 წელს ამერიკის სამედიცინო ასოციაციამ მოაწყო ექიმთა ანონიმური გამოკითხვა ევთანაზიის მიზანშეწონილობის შესახებ. გამოკითხულთა 60-ზე მეტმა პროცენტმა მხარი დაუჭირა ევთანაზიას. მომდევნო წლებში დასავლეთის ზოგიერთი ქვეყნის მედიკოსთა გამოკითხვის შედეგებიც დაახლოებით ასეთი იყო.

განსხვავებული სურათია აღმოსავლეთ ევროპის, კერძოდ, ყოფილი სოციალისტური ქვეყნების ბანაკის სახელმწიფოებში. აქ ევთანაზიის მონინალმდევრთა რიცხვი სადღეისოდ ბევრად სჭარბობს მის მომხრეებს.⁵⁰ სოციალური გამოკითხვები, რომელიც ბევრ ქვეყანაში ჩატარდა, ადასტურებს, რომ ევთანაზიის ლეგალიზაციას ექიმები და სამედიცინო პერსონალი უფრო ნეგატიურად აფასებს,

⁴⁸ ავტორთა კოლექტივი, სისხლის სამართლის კერძო ნაწილი, წიგნი 1, მეოთხე გამოცემა, თბ. 2011, გვ. 52.

⁴⁹ Бородин С. В., преступление против жизни, М., 2000, 29.

⁵⁰ იხ. Marshall, Crowned with Glory and Honor (Human Rights in the Biblical Tradition), Pandora Press US, Telford, Pennsylvania, 2001, 28

ვიდრე მთლიანად მოსახლეობა.

ევთანაზიასთან დაკავშირებით საზოგადოებრივი აზრი ორ ნაწილად არის გაყოფილი – ევთანაზიის მომხრეებად და მოწინააღმდეგეებად. თვით ჰოლანდიაშიც კი, ე.წ. „ევთანაზიის ქვეყანაში“, სადაც მოსახლეობის 90 პროცენტი ევთანაზიის მომხრეა, ადგილი ჰქონდა მოწინააღმდეგეთა გამოსვლებს იმ პერიოდში, როდესაც კანონს იღებდნენ.

მიუხედავად აზრთა სხვადასხვაობისა, ევთანაზიას ათასობით ადამიანი მიმართავს. არაერთმა გამოჩენილმა ადამიანმა დაასრულა ევთანაზიის გზით სიცოცხლე. „ცნობილმა ავსტრიელმა ფსიქიატრმა და ფსიქოლოგმა ზიგმუნდ ფროიდმა, რომელიც ავთვისებიანი სიმსივნით იყო დაავადებული, სთხოვა თავის მეგობარს და პირად ექიმს, დახმარებოდა მას ევთანაზიის განხორციელებაში, ექიმმა მას სამმაგი მორფინის დოზა გაუკეთა, რის შედეგადაც ზიგმუნდ ფროიდი გარდაიცვალა.“⁵¹ „გამოჩენილი ბელგიელი პოეტი, მწერალი და რეჟისორი ჰუგო კლაუსი, რომელიც ალცჰეიმერის დაავადებით იყო შეპყრობილი და გარდაიცვალა ევთანაზიის გზით მის მიერვე შერჩეულ დღეს.“⁵²

„ცნობილი მეზღვაური რამონ სამპედრო, ავტოკატასტროფის შედეგად 30 წლის განმავლობაში იყო პარალიზებული. მეზღვაური დიდი ხნის განმავლობაში ცდილობდა ევთანაზიის უფლების მოპოვებას. საბოლოოდ სასამართლომ მისცა მას თვითმკვლელობის განხორციელების უფლება, იგი გადაყვანილ იქნა კამერებით აღჭურვილ სპეციალურ ოთახში, სადაც მან დალია სანამლაენარევი წყალი, რის შედეგადაც გარდაიცვალა.“⁵³

უდიდესი ფილოსოფოსი, პლატონი ევთანაზიას სავსებით დასაშვებად თვლიდა. მისი აზრით, სასამართლოც და ექიმიც უნდა

⁵¹ შენგელია ა., ევთანაზია – დანაშაული თუ ადამიანის უფლება საკუთარი სიცოცხლის ნებასთან დაკავშირებით, ჟ. „მართლმსაჯულება და კანონი“, №3(30), 2011, გვ. 131-132.

⁵² იქვე, გვ. 132.

⁵³ შენგელია ა., ევთანაზია – დანაშაული თუ ადამიანის უფლება საკუთარი სიცოცხლის ნებასთან დაკავშირებით, ჟ. „მართლმსაჯულება და კანონი“, №3(30), 2011, გვ. 132.

ზრუნავდნენ მოქალაქეებზე, რომლებიც სრულყოფილი არიან სულითაც და ხორციითაც, ხოლო ვინც ასეთი არ არის, ვინც სულითაც მანკიერია და ხორციითაც უკურნებელი – ის უნდა მოკვდეს.⁵⁴ ფრიდრიხ ნიცშემც ერთ-ერთი მათგანია, ვინც ემხრობა ევთანაზიას. ადამიანის, მისი მოვალეობის, სიკვდილის საზრისის საკითხი თავის ნაშრომებში წარმოაჩინა ინგლისელმა ფილოსოფოსმა ფრენსის ბეკონმა, რომელსაც ღრმად სწამდა, რომ „ტკბილი სიკვდილი“ ყველაზე საუკეთესო გამოსავალია მაშინ, როცა მედიცინა და რელიგია უძლურია დაავადების პროგრესირების წინაშე. ევთანაზია, „ეს ე.წ. „სიკვდილის თავისუფლება“ ეფუძნება მოსაზრებას, რომ სიკვდილი არის ადამიანის ბუნებრივი არსებობის შემადგენელი ნაწილი.“⁵⁵

ევთანაზია, „ეს ე.წ. „სიკვდილის თავისუფლება“ ეფუძნება მოსაზრებას, რომ სიკვდილი არის ადამიანის ბუნებრივი არსებობის შემადგენელი ნაწილი.“⁵⁶ ევთანაზია ინდივიდის თავისუფლებაა. „თუკი ადამიანი გადაწყვეტს, რომ მას სურს სიკვდილი, შეიძლება თქვენ ან მე არ ვიფიქროთ, რომ ეს კარგი გადაწყვეტილებაა, მაგრამ რა უფლება გვაქვს, ვუთხრათ მას, რომ მას ამის გაკეთება არ შეუძლია?“⁵⁷

ევთანაზიის მომხრეთა მტკიცებით ევთანაზია ადამიანის უფლებაა, ვინაიდან მას აქვს თავისუფლება, არჩევანი გააკეთოს სიცოცხლესა და სიკვდილს შორის, თუმცა ავინყდებათ, რომ ეს უფლება მხოლოდ თვითმკვლელობით შემოიფარგლება, ვინაიდან აქტიური ევთანაზიის დაკანონების შემთხვევაში, იგი ექიმის მოვალეობა გახდება, გამოდის, რომ ერთის სიკვდილის უფლებისთვის მეორე იძულებული იქნება სიცოცხლის მოსპობის ვალდებულება იკისროს, რაც ხელყოფს მის უფლებას, არ გახდეს სხვისი სიკვდილის სურვილის აღმსრულებელი. ევთანაზიის მომხრები მიიჩნევენ, რომ თუ ადამიანს აქვს უფლება სიცოცხლეზე, მაშინ რატომ არ უნდა ჰქონდეს მას უფლება ღირსეულ სიკვდილზე?

⁵⁴ იხ. Платон, Сочинения, М. 1971, 195-196.

⁵⁵ კუბლაშვილი კ., დასახ. სტატია, თბ. 2006, გვ. 193.

⁵⁶ იქვე, გვ. 193.

⁵⁷ www.pregnantpause.org/euth/liberty.htm/Euthanasia: A Case of Individual Liberty? Posted 6 Sep 2000/Copyright 1995 by Jay Johansen, (14.08.2011).

ევთანაზიის ლეგალიზაციის მომხრეთა აზრით ადამიანს უნდა ჰქონდეს შესაძლებლობა, გააკეთოს არჩევანი, გააგრძელოს სიცოცხლე თუ შეწყვიტოს.

როდესაც სახელმწიფო კრძალავს აქტიურ ევთანაზიას და ამით მოვალეს ხდის პაციენტს, აიტანოს ფიზიკური და სულიერი ტანჯვა, ამით ის არღვევს კონვენციის მე-3 მუხლს. ეს უკანასკნელი კი აბსოლუტური უფლებაა, სიცოცხლის უფლებისგან განსხვავებით და არავითარ შემთხვევაში არ უნდა დაირღვეს.⁵⁸

ქრისტიანული ეკლესია სასტიკად ეწინააღმდეგება ევთანაზიას და მკვლელობად მიიჩნევს. „ევთანაზიის მოთხოვნით გარდაცვლილი ვერ დაიმკვიდრებს სასუფეველს, რადგან იგი თვითმკვლეელია. მკვლეელია ექიმი, რომელიც ასევე ვერ დაიმკვიდრებს სასუფეველს.“⁵⁹

ჩემი აზრით, გაუმართლებელია ავადმყოფის მოთხოვნის შემთხვევაში, ერთი ადამიანის სიცოცხლის დასრულება მეორე ადამიანის მოვალეობად აქციოს კანონმა. ამასთან გასათვალისწინებელია, რომ ექიმის მიერ ევთანაზიის განხორციელება ეწინააღმდეგება ჰიპოკრატეს ფიცს. ევთანაზიის დაკანონება მიუღებელია ადამიანის სიცოცხლის უნიკალურობის გამო, ზნეობრივი თვალსაზრისითაც. სამედიცინო პერსონალი ვალდებულია ადამიანის სიცოცხლის ბოლო წუთებამდე, ყველა საშუალებით იბრძოდეს მის შესანარჩუნებლად. ყველას უნდა ახსოვდეს, რომ ბუნებრივი სიკვდილი ნიშნავს სიკვდილს, ოღონდ არა სხვისი ხელით.

საინტერესოა განვითარების სერიოზული დეფექტების მქონე ახალშობილთა ევთანაზიის პრობლემასთან დაკავშირებით არსებული განსხვავებული შეხედულებები და მოსაზრებები. ბევრი ავტორი ახალშობილთა სიცოცხლის ხელყოფას დიდი ხნის წინ დამკვიდრებული პრაქტიკის – პასიური, იძულებითი ევთანაზიის გამოვლენად მიიჩნევს. ევთანაზიის მომხრეთა ნაწილი ახალშობილთა პასიურ ევთანაზიას მორალურად გამართლებულად თვლის იმ შემთხვევაში, როდესაც ამკარაა, რომ ბავშვის შემდგომ ცხოვრებას არავითარი აზრი არა

⁵⁸ დევედარიანი თ., ევთანაზიის პრობლემა ქართულ კანონმდებლობაში და საერთაშორისო ასპექტები elawjournal.wordpress.com გვ. 5-6.

⁵⁹ ჭელიძე ქ., ვის აწყობს ევთანაზია, www.ambioni.ge/?s=evTanazia (06.01.2010).

აქვს. მათი აზრით, ახალშობილის ევთანაზია ეთიკურად დასაშვებია, თუ არ არსებობს არავითარი იმედი იმისა, რომ განვითარების პროცესში ის პიროვნებად იქცევა.⁶⁰

იქნება თუ არა მიღწეული საყოველთაო კონსენსუსი ევთანაზიის აღიარების საკითხზე, ეს მომავლის საქმეა. გაუსაძლისი სიცოცხლისგან სასიკვდილოდ განწირული ადამიანის ხსნა უფრო ჰუმანურია, თუ სიცოცხლის ღირებულების უზენაესობის საყოველთაოდ ცნობა, კიდევ დიდხანს იქნება ფიქრისა და განსჯის საგანი.

თავი 5. ევთანაზიის ზოგადსამართლებრივი და სოციალური პრობლემები

რამდენად მართლზომიერია უიმედო ავადმყოფის მხრიდან ევთანაზიის მოთხოვნის უფლება, რა სამართლებრივი დასაყრდენი აქვს სიკვდილის უფლებას სიცოცხლის უფლებაში - ღირებულებათა კონფლიქტი არ შეიძლება მხოლოდ იმის მიხედვით გადაწყდეს, რომელი უფლებაა საზოგადოდ უფრო მნიშვნელოვანი. საკითხის სწორად შეფასებისთვის აუცილებელია გაირკვეს, არის თუ არა ევთანაზიის მოთხოვნა ადამიანის მიერ მართლზომიერად ნაგულები უფლება. ევთანაზიის მომხრეთა მტკიცებით, როდესაც ადამიანი უკუჩვენებელი დაავადების შედეგად ინტენსიურ, ხანგრძლივ ტანჯვას განიცდის, სიცოცხლე მისთვის ყოველგვარ ფასს კარგავს, საზოგადოებამ ესოდენ განამებულ ადამიანს უნდა მისცეს სიკვდილის უფლება. „როდესაც სახელმწიფო კრძალავს აქტურ ევთანაზიას, ამით მოვალეს ხდის პაციენტს აიტანოს ფიზიკური და სულიერი ტანჯვა, ამით ის არღვევს კონვენციის მე-3 მუხლს. ეს უკანასკნელი კი აბსოლიტური უფლებაა სიცოცხლის უფლებისგან განსხვავებით და არავითარ შემთხვევაში არ უნდა დაირღვეს.⁶¹

პასიური ევთანაზია მთელს მსოფლიოში, მათ შორის საქართველოშიც, აღიარებულია. ვინაიდან საქართველოს კანონმდებლობა

⁶⁰ იხ. მამულაშვილი ბ., ფსიქოსოციალური ტოქსინები და სუიციდი, „ბიოეთიკა“, 2009, გვ. 34.

⁶¹ დევდარიანი თ., ევთანაზიის პრობლემა ქართულ კანონმდებლობაში და საერთაშორისო ასპექტები, elawjournal.wordpress.com გვ. 5-6.

პრაქტიკულად ცნობს პასიურ ევთანაზიას, აუცილებელია მისი სწორი სამართლებრივი რეგულირება.

საქართველოს სსკ 110-ე მუხლის შინაარსი უნდა დაზუსტდეს, მუხლის ტექსტში უნდა ჩაიწეროს, რომ აკრძალულია არა ზოგადად ევთანაზია, არამედ აქტიური ევთანაზია.⁶² სამართლებრივად „სიცოცხლის უფლება“ არ გულისხმობს „სიკვდილის უფლებასაც“, შესაბამისად, კანონმდებელს არ შეუძლია, სიკვდილის უფლების ერთპიროვნულად აღიარება. ადამიანი საკუთარ სიცოცხლეს თავად განაგებს და მას უფლება აქვს, ნებისმიერ დროს შეწყვიტოს იგი თვითმკვლელობის აქტით, თუმცა ეს არ ნიშნავს სხვა ადამიანის უფლებას ან მოვალეობას, დაეხმაროს მას ამ მიზნის მიღწევაში.

ვეთანხმები მეცნიერთა აზრს, რომლებიც ფიქრობენ, რომ ფორმულირება „სიკვდილის უფლება“ გაუმართლებელია, ვინაიდან სიკვდილის უფლების მქონე ადამიანი ასევე იძენს უფლებას, მოსთხოვოს მესამე პირს, აღასრულოს მისი უფლება სიკვდილზე, რაც ფაქტობრივად აკანონებს მკვლელობას სიბრალულის მოტივით. ასევე სწორად მიმაჩნია ტერმინი: „ადამიანის უფლება, მოკვდეს ღირსეულად“. აქტიური ევთანაზიის აღიარების შემთხვევაში, მისი გამოყენება ექიმის არა მარტო უფლება, არამედ

პროფესიული მოვალეობა გახდება. ახსოვდეს, რომ „ნებაყოფლობითი ევთანაზია თვითმკვლელობაა, მასზე დათანხმება თვითმკვლელობის ხელშეწყობაა, ხოლო განხორციელება - მკვლელობა.“ სიცოცხლის უფლება სიცოცხლის ვალდებულებას არ გულისხმობს, თუმცა სამართლებრივად არ შეიძლება სიცოცხლის განკარგვის უფლების განხორციელება სხვა პირის სამართლებრივ ვალდებულებად ვაქციოთ.⁶³

საზოგადოებამ არ უნდა დაუშვას, რომ თანამედროვე ეპოქამ, სამედიცინო-ტექნიკურმა პროგრესმა შეცვალონ ადამიანური ღირებულებების ბუნება. სიკვდილიც ღირსეული უნდა იყოს, ეს კი შესაძლებელია მომაკვთან ადამიანური დამოკიდებულებით, მისთვის ტკი-

⁶² ჩიქოვანი ნ., ევთანაზია, მკვლელობა თუ ტანჯვის შემსუბუქება? ქრისტიანული მედია ჰოლდინგი, jesus.ge გვ. 2-3.

⁶³ იხ. სადრაძე თ., ევთანაზია და ფეტუსის სისხლისამართლებრივი დაცვის პრობლემები, თბ. 2019, გვ. 230.

ვილისა და ტანჯვის შემსუბუქებით.

ევთანაზიის ლეგალიზაციამ შეიძლება ფსიქოლოგიურად იმოქმედოს სამედიცინო სფეროში მძიმე ავადმყოფთა მკურნალობის უფრო ეფექტური საშუალებების ძებნისა და დიაგნოსტიკის საქმეში. ევთანაზიასთან მიმართებაში, მისი ლეგალიზებით ადამიანის სიკვდილ-სიცოცხლის საკითხის გადაწყვეტით, ადამიანს ექმნება ილუზია უფალს გაუტოლდეს, რაც ალბათ მისი ეგოიზმის და ამპარტავენების დაკმაყოფილებასაც ემსახურება.⁶⁴

ადამიანის სიცოცხლის გაუფასურების უფლება არავის არ უნდა მიეცეს, რადგან ამ უფლების გაუფასურებას დომინოს პრინციპით ყველა უფლების და

სხვა ღირებულების ჯაჭვისებრი გაუფასურება მოჰყვება. ყველა ადამიანს გააჩნია საკუთარი სიცოცხლის განკარგვის უფლება, თუმცა ეს უფლება აქტიური ევთანაზიის უფლებას არ გულისხმობს.

სიცოცხლის განკარგვის უფლება მხოლოდ მის მფლობელს ეკუთვნის, ამ ფუნდამენტალური უფლების სხვისთვის არც გადაცემა და არც უფლების განხორციელების სხვისთვის დავალდებულება არ შეიძლება აღიარებულ იქნას კანონით.

სიცოცხლის უფლება ერთნაირად აქვს როგორც დაბადებულ, ისე დაუბადებელ სიცოცხლეს, განსხვავება მხოლოდ მის განკარგვაშია; სწორედ ამიტომ დაუშვებელია აქტიური ევთანაზიის უფლების დაკანონება, რომელიც სიცოცხლის განკარგვას გულისხმობს სხვისთვის ვალდებულების დაკისრების ხარჯზე.

დასკვნა

ადამიანის სიკვდილ-სიცოცხლის უფლების ღირებულებათა კონფლიქტში, რომელი უფლებაა უფრო მნიშვნელოვანი, საკითხი სწორ ნვდომას საჭიროებს. ევროპისა და ჩვენი ქვეყნის მაგალითზე დავრწმუნდით, რომ ევთანაზიის საკითხთან მიმართებაში ხარვეზის აღმოფხვრას მოითხოვს საქართველოს კანონმდებლობა. ისიც საყურადღებოა, რომ ევთანაზიის პრობლემა არ უნდა განვიხილოთ მხოლოდ სამართლებრივ ან სხვა რომელიმე ქრილში. ის მოითხოვს ძირეულ

⁶⁴ იხ. იგივე, გვ. 308.

განაღიზებას მორალურ-სამართლებრივი, სამედიცინო კუთხით. მათ შორის არის ერთადერთი მსგავსება - ერთიანი აზრი აღნიშნულ საკითხზე არ არსებობს. უდავოა, რომ ხარვეზის აღმოფხვრას მოითხოვს საქართველოს კანონმდებლობაში - „ჯანმრთელობის დაცვის შესახებ“ და „პაციენტის უფლებების შესახებ“ წინააღმდეგობა.

ევთანაზიასთან მიმართებაში მორალურ ასპექტში ცხარე კამათი მიმდინარეობს მეცნიერებს შორის. სამედიცინო შემთხვევაში ერთიან აზრზე ვერ შეთანხმდნენ ასევე ექიმებიც, რომლებსაც ასე ვთქვათ, ეშინიათ და თავს არიდებენ „ზედმეტ პასუხისმგებლობას“, ხოლო სამართლებრივი კუთხით ვერ მიაღწიეს კონსენსუსს ეროვნულმა კანონმდებლებმა და საერთაშორისო პრინციპებმა.

საბოლოოდ, ევთანაზიის პრობლემა საერთაშორისო დონეზე დაპირიპირებაა სიცოცხლის უფლებას და წამების აკრძალვას შორის. ფაქტია, რომ საერთაშორისო საზოგადოება თავს იკავებს ცალსახა განცხადების გაკეთებისგან მხოლოდ იმის შიშით, რომ არ მოხდეს დაპირისპირება ეროვნულ კანონმდებლობასა და საერთაშორისო პრინციპებს შორის.

ანა კაპანაძე

ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის დოქტორანტი

**უმოქმედოზის მიჯაზოზრიოზის საკანონმდებლო
პროზლემატიკა მედიცინის სისხლის სამართალში**

შისავალი

ექიმის პროფესიის სპეციფიკისთვის დამახასიათებელია მუდმივი კონფრონტაცია იურიდიულ საქმიანობასთან. ამას ემატება ის სირთულე, რაც ოპერაციის მიმდინარეობისას ჩადენილი დანაშაულის გახსნას ახლავს თან. სირთულეს იწვევს არა მხოლოდ ბუნდოვანი და ზოგადი ხასიათის საკანონმდებლო აქტების არსებობა, არამედ თავად ოპერაციის მიმდინარეობის განსაკუთრებული თავისებურება, რომელიც გამომდინარე სამართალშემფარდებლის სპეციალური ცოდნის არარსებობიდან, თავის მხრივ, დამოკიდებულია შესაბამისი ცოდნით აღჭურვილი ექსპერტის დასკვნაზე. სამედიცინო სფეროში ხშირია ისეთი შემთხვევები, როდესაც სამედიცინო ექსპერტიზასაც კი უჭირს დამდგარი შედეგის გამომწვევი მიზეზის დადგენა და მედიცინის მუშაკის მიერ განხორციელებული კონკრეტული სამედიცინო მოქმედების იურიდიული კონტექსტით შეფასება. განსაკუთრებით რთულია მედიცინის მუშაკის ქმედების კვალიფიკაცია გაუფრთხილებლობით სიცოცხლის მოსპობით, როდესაც შესაფასებელია ოპერაციისას განხორციელებული მანიპულაციების სამედიცინო მიზანშეწონილობა, რაც ცალსახად ექსპერტმა უნდა განსაზღვროს და გაითვალისწინოს, როგორც ოპერაციის მიმდინარეობის თავისებურება, ასევე ის გართულებები, რომელიც თან მოჰყვება, თუ რა გახდა ამ გართულებების მიზეზი, სახეზე გვაქვს თუ არა ექიმის მიერ წინდახედულობის ნორმის დარღვევა, რას დაეფუძნა სამედიცინო ღონისძიება და ექიმის, როგორც პროფესიონალის მიერ განხორციელებული მოქმედებების გონივრულობა ამ გართულებებთან მიმართებით. ამასთან, გასათვალისწინებელია ისიც, რომ ექიმი ჩვეულებრივი ადამიანია, რომლისგანაც სასწაულის მოთხოვნის უფლება სახელმწიფოს

არ აქვს. პაციენტი ექიმს ნებაყოფლობით ანდობს თავს და შესაძლოა, აქედან გამომდინარე, ისე მოგვეჩვენოს, რომ ექიმები პროფესიული მოღვაწეობისას დაშვებული შეცდომების გამო პასუხს არ უნდა აგებდნენ. თუმცა, რიგი გულგრილობა და დანაშაულებრივი უვიცობა სწორედაც რომ პასუხისმგებლობის საფუძველია დამდგარი ზიანიდან და ნორმის დარღვევის მასშტაბურობიდან თუ ხარისხიდან გამომდინარე.

რაც შეეხება მედიცინის სისხლის სამართალს, მისი აქტუალურობა მნიშვნელოვნად უკავშირდება სამედიცინო ტექნოლოგიურ პროგრესს, რომელმაც მედიცინის მუშაკს და პაციენტს შორის არსებული ურთიერთობის მკაცრი რეგულირება მოითხოვა. საზოგადოების ნიაღში მოქმედი ყველა ნორმატიული სისტემა, მასში გამოხატული შეფასებებისა და ღირებულებათა ხასიათის მიხედვით, გარკვეულ იერარქიას ექვემდებარება. მედიცინის სამართალს გააჩნია და ინარჩუნებს იმ ორიენტირებს, რომლებიც წარმოადგენენ სავალდებულო ეთიკურ მინიმუმს. განსხვავებით სამოქალაქო სამართლისგან, რომლის მიზანიცაა პაციენტის ზიანის ანაზღაურების მოთხოვნის დაკმაყოფილება, სისხლის სამართალი პასუხისმგებლობას ექიმს აკისრებს მისი საქმიანობის საზოგადოებრივი მნიშვნელობიდან გამომდინარე. აღნიშნული უფლებამოსილება სახელმწიფოს უპყრია ხელთ და ემსახურება საჯარო და ინდივიდუალური ინტერესების დაცვას.

ამ თვალსაზრისით განსაკუთრებით აქტუალურია სისხლის სამართლის კოდექსის მე-8 მუხლის მე-3 ნაწილი, რომელიც ცალსახად მოითხოვს მიზეზობრიობის დადგენას უმოქმედობის შემთხვევაში. უმოქმედობა მხოლოდ იმ შემთხვევაში ჩაითვლება კოდექსის შესაბამისი მუხლით გათვალისწინებული მართლსაწინააღმდეგო შედეგის განხორციელების ან კონკრეტული საფრთხის შექმნის აუცილებელ პირობად, როდესაც პირს ეკისრებოდა მოქმედების სპეციალური სამართლებრივი მოვალეობა, ჰქონდა ასეთი მოქმედების შესაძლებლობა და სავალდებულო და შესაძლებელი მოქმედებით შედეგი თავიდან იქნებოდა აცილებული. მოცემული საკანონმდებლო სიცხადე რეალურად უფრო მეტ პრობლემას ქმნის, ვიდრე აგვარებს. ბევრ ევროპულ ქვეყანას არ აქვს მიზეზობრიობის განმარტების და მისი

უპირობო მოთხოვნის მსგავსი ფორმულირების ჩანაწერი. ამკარაა, რომ საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსის მე-8 მუხლის მე-3 ნაწილის შინაარსობრივი სიზუსტე სიტყვასიტყვითი განმარტების ფონზე სამართალშემფარდებლის ჩიხში შეყვანას იწვევს. შედეგის თავიდან აცილებადობა ამკარად გულისხმობს აცილებადობის ხარისხის აბსოლუტური დადგენის აუცილებლობას. გამომდინარე იქიდან, რომ სამედიცინო დანაშაულების სპეციფიკა შედეგის შერაცხვასთან მიმართებით დამოკიდებულია ექსპერტის დასკვნაზე, ექსპერტს მოეთხოვება, რომ უცილობელი 100%-იანი ურთიერთმიმართება დაადგინოს მედიცინის მუშაკის მიერ კონკრეტული მოქმედების განხორციელებისგან თავის შეკავებას ან წინდახედულობის ნორმის დარღვევასა და დამდგარ შედეგს შორის, რაც, ბუნებაში აბსოლუტურობის კატეგორიის არარსებობიდან გამომდინარე, მხოლოდ იშვიათ ან განსაკუთრებულ შემთხვევაში შეიძლება გვექონდეს. ფაქტობრივად, აღნიშნული საკანონმდებლო ჩანაწერი ირიბად მედიცინის მუშაკისთვის სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობით გათვალისწინებული დანაშაულების შერაცხვისადმი განსაკუთრებულ ლიბერალურ დამოკიდებულებას იჩენს, რაც ყოველმხრივ გაუმართლებელია პაციენტის უფლებების დაცულობასთან მიმართებით.

შედეგის თავიდან აცილებადობის ხარისხის დამატებითი განმარტების აუცილებლობა განსაკუთრებით მწვავედ დგას გაუფრთხილებლობითი დანაშაულის შემთხვევებში, როდესაც გაუფრთხილებლობითი დანაშაულის მცდელობის არარსებობის გამო მედიცინის მუშაკის სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობიდან გათავისუფლების აუცილებლობამდე მივდივართ. სამართალშემფარდებელი უფლებამოსილია ბუნდოვანი კანონი შინაგანი რწმენიდან გამომდინარე განმარტოს, რაც სხვადასხვა მიდგომას იწვევს მსგავს დანაშაულებთან მიმართებით. ნორმის განმარტების ინდივიდუალური მიდგომიდან გამომდინარე მივდივართ არაერთგვაროვან პრაქტიკამდე, რაც გაუგებრობას იწვევს და ამასთან, შერჩევითი სამართლის სახეს იძენს, მაშინ, როცა სხვადასხვა მოსამართლე დასახელებული მუხლის განმარტების შესაძლებლობას განსხვავებულად იყენებს ან უფრო მარტივად „აგვარებს“ პრობლემას — განმარტებას საერთოდ არიდებს თავს.

1. მოქმედების სამართლებრივი ვალდებულება

უმოქმედობის დასჯადობის სამართლებრივი რეგულაცია მოცემულია სისხლის სამართლის კოდექსის მე-8 მუხლის მე-3 ნაწილში, რომლის თანახმადაც, უმოქმედობა მხოლოდ მაშინ ჩაითვლება კოდექსით გათვალისწინებული შედეგის ან კონკრეტული საფრთხის შექმნის აუცილებელ პირობად, როდესაც:

1. პირს ეკისრებოდა მოქმედების სამართლებრივი ვალდებულება;
2. გააჩნდა მოქმედების განხორციელების შესაძლებლობა და
3. შესაძლო და სავალდებულო მოქმედებით შედეგი თავიდან იქნებოდა აცილებული.

ლიტერატურაში ერთმანეთისგან იმიჯნება გარანტიის მოვალეობის ფორმალური და მატერიალური საფუძვლები:

1. ფორმალური საფუძვლები, რომელიც გარანტიორულ ფუნქციას აკისრებს პირს, შეიძლება გამომდინარეობდეს ნათესაური ან სხვა მჭიდრო ურთიერთობიდან, ურთიერთნდობის პრინციპით ერთმანეთთან დაკავშირებული სოციალური ჯგუფის შექმნიდან, მოვალეობის ნებაყოფლობით საკუთარ თავზე აღებიდან, საფრთხის დამაფუძნებელი წინარე ქმედებიდან, კანონიდან, სამსახურეობრივი თუ პროფესიული მოვალეობიდან, მომეტებული საფრთხის გამო პასუხისმგებლობიდან.¹

2. თანამედროვე ფუნქციური მოძღვრების თანახმად, ყველა მატერიალური წინაპირობა ერთიანდება და ორ ძირითად მიმართულებად იყოფა.²

ა) ე.წ. დამცავი გარანტი - განსაცდელში მყოფი პირის დაცვის მოვალეობა იმის მხრიდან, ვისაც ასეთი დაცვის მოვალეობა აქვს.³ დაცვის მოვალეობა შეიძლება წარმოიშვას ხელშეკრულები-

¹ მჭედლიშვილი-ჰედრიხი ქ., სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილი II, დანაშაულის გამოვლინების ცალკეული ფორმები, თბ. 2011, გვ. 304.

² Rengier R., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 3. Auflage, München 2011, 473, ველის ნომერი 3.

³ მჭედლიშვილი-ჰედრიხი ქ., სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილი II, დანაშაულის გამოვლინების ცალკეული ფორმები, თბ. 2011, გვ. 278; ვესელსი ი., ბოილკე ვ., სისხლის სამართლის ზოგადი ნაწილი, დანაშაული და მისი აგებულება, 38-ე

დან, სამართლებრივი ნორმიდან, მჭიდრო ბუნებრივი ურთიერთკავშირიდან. აუცილებელი არ არის, რომ ხელშეკრულება პირდაპირ ითვალისწინებდეს გარანტორულ ფუნქციას, მისი შინაარსიდან უნდა იკვეთებოდეს მსგავსი მოვალეობის შესრულების მოთხოვნა.⁴

ბ) ე.წ. მაკონტროლებელი გარანტი - საფრთხის წყაროს მხრიდან მომდინარე საფრთხის აღკვეთის მოვალეობა იმ პირის მხრიდან, ვისაც ევალება საფრთხის აღკვეთა.⁵ ზედამხედველ გარანტებს კონკრეტული საფრთხის მომდინარე წყაროს მიმართ აკისრიათ სპეციალური უსაფრთხოების მოვალეობა, შესაბამისად, იგი პასუხს აგებს მის განკარგულებაში არსებული საფრთხის წყაროსთვის.⁶

ლიტერატურაში სადავოა ის საკითხი, თუ როდის იძენს ექიმი სამართლებრივი გარანტის ფუნქციას, მაშინ როდესაც იგი პაციენტთან კერძოსამართლებრივი ურთიერთობის საფუძველზე იღებს საკუთარ თავზე დახმარების განწვევის ვალდებულებას, თუ გამომდინარე მისი პროფესიის „განსაკუთრებულობიდან“, კანონმდებელი მას ავტომატურად აკისრებს სამართლებრივი სიკეთის გადარჩენის უპირობო მოვალეობას. გაბატონებული შეხედულებით, ექიმი გამომდინარე თავისი პროფესიიდან, ყოველთვის გარანტია და ის ვერ იტყვის პაციენტის გადარჩენაზე უარს მხოლოდ იმის გამო, რომ შვებულებაშია, არაა მორიგე ან შუალამა.⁷

გადამუშავებული გამოცემა, თბ. 2010, 437, ველის ნომერი 716.

⁴ კუხინიძე ლ., დანაშაულებრივი უმოქმედობის დოგმატური ასპექტები, გრიგოლ რობაქიძის სახ. უნივერსიტეტი, “სამართალი” №4, 2015 179; Rengier R., *Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Beck München, 2011, 473*, ველის ნომერი 4.

⁵ კუხინიძე ლ., დანაშაულებრივი უმოქმედობის დოგმატური ასპექტები, გრიგოლ რობაქიძის სახ. უნივერსიტეტი, “სამართალი” №4, 2015 179; ტურავა მ., სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილის მიმოხილვა, მე-9 გამოცემა, თბ. 2013, 278; ვესელსი ი., ბოილკე ვ., სისხლის სამართლის ზოგადი ნაწილი, დანაშაული და მისი აგებულება, 38-ე გადამუშავებული გამოცემა, თბ. 2010, 432, ველის ნომერი 716.

⁶ მჭედლიშვილი-ჰედრიხი ქ., სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილი II, დანაშაულის გამოვლინების ცალკეული ფორმები, თბ. 2011, 327; Rengier R., *Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Auflage, München, 2011, 473*, ველის ნომერი 6.

⁷ ჯიშკარიანი ბ., სისხლის სამართლის კერძო ნაწილი, დანაშაული ადამიანის წინააღმდეგ, თბ. 2016, 135, 136, ველის ნომერი 454; ლეკვიშვილი მ., თოდუა ნ., გვენეტაძე ნ., მამულაშვილი გ., სისხლის სამართლის კერძო ნაწ., წიგნი პირვ.,

განსხვავებული მოსაზრებით, გაუმართლებელია ის დამოკიდებულება ექიმთან მიმართებით, რომ იგი ავტომატურად უნდა ჩავთვალოთ სამართლებრივ გარანტიად მხოლოდ იმის გამო, რომ მან პროფესიად ექიმობა აირჩია.⁸ „ჯანმრთელობის დაცვის შესახებ კანონის“ 38-ე მუხლი ადგენს ორ შემთხვევას, თუ როდისაა ექიმი ვალდებული აღმოუჩინოს პაციენტს დახმარება:

1. როდესაც წერილობითი ან სიტყვიერი ოფიციალური შეთანხმებაა მათ შორის გაფორმებული. ამ მუხლის მიხედვით, შეთანხმება გულისხმობს ექიმსა და პაციენტს შორის წარმოშობლ კერძოსამართლებრივ ურთიერთობას, ვინაიდან მხოლოდ პაციენტის ნება ხდის ექიმს გარანტიად და უფლებამოსილია, გაუჩინოს პაციენტს სამედიცინო დახმარება.⁹ შეთანხმებასთან მიმართებით საინტერესოა ის, რომ ეს შეთანხმება არ ფასდება როგორც სამოქალაქო სამართლებრივად უნაკლო ხელშეკრულება.¹⁰ გამომდინარე პაციენტის სხეულებრივი თვითგანკარგვისა და ავტონომიის უფლებიდან, დამოუკიდებლად განსაზღვროს მისთვის სამედიცინო დახმარების აღმოჩენის ყველა საკითხი, ექიმი მხოლოდ მაშინ ჩაითვლება სამედიცინო დახმარების განწევის ვალდებულების მქონე პირად, როდესაც პაციენტი თანხმობას გამოთქვამს აღნიშნულთან დაკავშირებით.

2. მეორე შემთხვევა გულისხმობს ისეთ სიტუაციას, როდესაც გამოხატულია სიცოცხლისთვის საშიში, მათ შორის თვითმკვლელობით განპირობებული მდგომარეობა ან პაციენტი საჭიროებს გადაუდებელ სამედიცინო დახმარებას ექიმის სამუშაო ადგილზე.

ბ. ჯიშკარიანის მოსაზრებით, „ბ“ ქვეუნიქტიდან გამომდინარე,

მეოთხე გამოცემა, თბ. 2011, გვ. 169; მაკარიძე დ., ხაზარაძე გ., ადმინისტრაციული ორგანოს პასუხისმგებლობა, ადმინისტრაციული ორგანოს პასუხისმგებლობა ჯანმრთელობის დაცვის სამართალში, დავით ბატონიშვილის სამართლის ინსტიტუტი, თბ. 2014, გვ. 85.

⁸ ჯიშკარიანი ბ., სისხლის სამართლის კერძო ნაწილი, დანაშაული ადამიანის წინააღმდეგ, თბ. 2016, 136, ველის ნომერი 455.

⁹ ჯიშკარიანი ბ., სისხლის სამართლის კერძო ნაწილი, დანაშაული ადამიანის წინააღმდეგ, თბ. 2016, 136, ველის ნომერი 457.

¹⁰ ჯიშკარიანი ბ., სისხლის სამართლის კერძო ნაწილი, დანაშაული ადამიანის წინააღმდეგ, თბ. 2016, 137, ველის ნომერი 459, 560.

ექიმის ვალდებულება, გაუწიოს სამედიცინო დახმარება პაციენტს, ვრცელდება მხოლოდ იმ შემთხვევაში, როდესაც ექიმი სამუშაო ადგილზე იმყოფება, სხვა შემთხვევაში მივიდოდით იქამდე, რომ ექიმები როგორც „თავისუფალი პროფესიის წარმომადგენლები“¹¹ უფრო მძიმე მდგომარეობაში აღმოჩნდებოდნენ მხოლოდ იმ პროფესიიდან გამომდინარე, რომელიც მათ აირჩიეს, რაც არასწორი იქნებოდა. ავტომატურად მათდა საუარესოდ საკითხის გადაწყვეტა და მათთვის გაუმართლებლად მომეტებული პასუხისმგებლობის დაკისრება შეუსაბამო იქნება სისხლისსამართლებრივი პოლიტიკის მიზნებთან. თუ ექიმი შვეულებასა, მის მიერ დახმარების გაუწევლობა შეფასდება როგორც 128-ე მუხლი და არა 130-ე.¹²

„საქართველოს კანონის ჯანმრთელობის დაცვის შესახებ“ 39-ე მუხლის მიხედვით, არასამუშაო ადგილზე შესაძლებლობების ფარგლებში გადაუდებელი სამედიცინო დახმარების განევა ექიმის, ისევე, როგორც ნებისმიერი მოქალაქის, მოვალეობაა. თუმცა, გამომდინარე იმ სპეციალური ცოდნიდან, რომელიც ექიმს გააჩნია, ავტომატურად აყენებს მას სხვებთან შედარებით „უპირატეს“ მდგომარეობაში და შესაბამისად, ეკისრება კიდევ ვალდებულება იყოს სამართლებრივი გარანტი. მით უფრო დასახელებული კანონის 38-ე მუხლის 1-ლი პუნქტის „ბ“ ქვეპუნქტის ჩანაწერით სიცოცხლისთვის სახიფათოდ გამოსხატული მდგომარეობისას ექიმი ვალდებულია პირს გაუწიოს დახმარება. აღნიშნული არ მოითხოვს უპირობოდ ექიმის სამუშაო ადგილას ყოფნას, ეს მოთხოვნა მხოლოდ „ბ“ ქვეპუნქტის მეორე ნაწილის შემთხვევაზე ვრცელდება. „ან“ კავშირი მხოლოდ შემთხვევათა ალტერნატიულობაზე მიუთითებს და არა მათ კუმულაციურობაზე.

¹¹ საქართველოს კანონი „ჯანმრთელობის დაცვის შესახებ“, მუხლი 34.

¹² ჯიშკარიანი ბ., სისხლის სამართლის კერძო ნაწილი, დანაშაული ადამიანის წინააღმდეგ, თბ. 2016, 136, 137, ველის ნომერი 458.

2.1. რისკის ამაღლების თეორია

ისევე, როგორც ქმედების შემადგენლობის შესაბამისი მოქმედებისას მოითხოვება შედეგის უცილობელი თავიდან აცილებალობა, ასევე უმოქმედობის შემთხვევაშიც მოითხოვება, რომ მოთხოვნის შესაბამისი მოქმედების განხორციელებისას *ex post* პერსპექტივით დადგენადი - ანუ საერთოდ ხელმისაწვდომი ცოდნის ერთობლიობაში მხედველობაში მიღებით - შედეგი იქნებოდა თავიდან აცილებული.¹³ თუმცა, სადავოა, როგორი ხარისხია ე. წ. კვაზი-მიზეზობრიობის ჰიპოთეტური განსჯისთვის აუცილებელი.

გერმანელ მეცნიერთა ნაწილი მიიჩნევს, რომ გადარჩენის მინიმალური შესაძლებლობაც კი, რომელსაც შედეგის დადგომის რისკის შემცირება შეეძლო, საკმარისია იმისთვის, რომ კვაზი-კაუზალობა გვექონდეს სახეზე.¹⁴ სავალდებულო ქმედებას არაა აუცილებელი რისკის სრული უგულებელყოფა ევალებოდეს. შესაძლებელია, რომ გარანტს კონკრეტულ მასშტაბამდე რისკის შემცირებაც შეერაცხოს.¹⁵ მიზეზობრივი კავშირი არებობს მაშინაც კი, როდესაც უმოქმედობით თუნდაც უმნიშვნელოდ აამალა შედეგის დადგომის საფრთხე და მაშინაც, როცა ამსრულებელმა შედეგის დადგომის სიჩქარე და სახეობა დააჩქარა, ან მინიმუმ, შეცვალა მაინც.¹⁶

სამართალი მოითხოვს, რომ პირმა, რომელსაც მოქმედების ვალდებულება აკისრია, უნდა გამოიყენოს სამართლებრივი სიკეთის

¹³ Kindhäuser U., Strafgesetzbuch, Lehr- und Peraxiskommentar, 2. Auflage, ველის ნომერი 11, 14.

¹⁴ <https://www.iurastudent.de/content/definition-zur-hypothetischen-kausalit%C3%A4t-und-die-sicherheit-grenzende-wahrscheinlichkeit> {უკანასკნელად გადამოწმებულია 24.07.2018}; მჭედლიშვილი-შედრიხი ქ., სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილი II, დანაშაულის გამოვლინების ცალკეული ფორმები, თბ. 2011, 333.

¹⁵ Kindhäuser U., Strafgesetzbuch, Lehr- und Peraxiskommentar, 2. Auflage, ველის ნომერი 16; Baumann J., Weber U., Mitsch W., Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch, 11. neubearbeitete Auflage, Bielefeld 2003, 255, ველის ნომერი 86-87.

¹⁶ Heintschel-Heinegg H., Beck'scher Online-Kommentar StGB, 37. Edition, Stand: 01.02.2018, ველის ნომერი 4.

გადარჩენის ყველა რეალური შესაძლებლობა, მაშინაც კი, როცა წარმატების მხოლოდ 50%-იანი ან უფრო მცირე ალბათობა არსებობს.¹⁷ ასეთ დროს პირი ისჯება არა მხოლოდ საფრთხის შექმნისთვის, არამედ მხოლოდ იმ შემთხვევაში, თუ მის მიერ განხორციელებული ქმედებით შექმნილ საფრთხეს შედეგად სამართლებრივი სიკეთის დაზიანება მოჰყვა, თუ, მაგალითად, ექიმმა ოპერაცია დაგვიანებით ჩაატარა, რითაც მკვეთრად შეამცირა პაციენტის გადარჩენის შანსი, მაგრამ ექიმს „გაუმართლა“ და შედეგი არ დადგა, ასეთ შემთხვევაში ვერ შევრაცხავთ ექიმს მხოლოდ საფრთხის შექმნას, რადგან სახეზე არ გვაქვს ზიანის მიმყენებელი შედეგიანი დელიქტის ქმედების შემადგენლობა.¹⁸

2.2. რეალობასთან ახლოს მდგომი ალბათობის მაღალი ხარისხი

ეს ხარისხობრივი მოდელი *conditio* ფორმულის შებრუნებულ ვერსიას ემხრობა და მიზეზობრობის დასადგენად რეალობასთან ახლოს მდგომ ალბათობის მაღალ ხარისხს იყენებს. ეყრდნობოდა თუ არა კონკრეტული შედეგი უმოქმედობას, ეს მხოლოდ მაშინ დასტურდება, როდესაც სავალდებულო ღონისძიებების გატარება მოცემულ შემთხვევაში გარანტირებულთან ახლოს მდგომი ალბათობით საფრთხედამუქრებული სიკეთის შენარჩუნებამდე, დაზიანების თავიდან აცილებამდე, სიცოცხლის გახანგრძლივებამდე მიგვიყვანდა.¹⁹ რეალობასთან ახლოს მდგომი ალბათობის მაღალი ხარისხის თანახმად, მიზეზობრიობითვის 90% არაა საკმარისი, არამედ 90%-ზე მაღალი ალბათობა, სხვა შემთხვევაში პირი მცდელობისთვის აგებს პასუხს.²⁰ უმოქმედობის მიერ მხოლოდ შედეგის დადგომის რისკის

¹⁷ ტურავა მ., სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილის მიმოხილვა, მე-9 გამოცემა, თბ. 2013, გვ. 284, 285.

¹⁸ ტურავა მ., სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილის მიმოხილვა, მე-9 გამოცემა, თბ. 2013, გვ. 285.

¹⁹ ვეხელსი ი., ბოილკე ვ., სისხლის სამართლის ზოგადი ნაწილი, დანაშაული და მისი აგებულება, 38-ე გადამუშავებული გამოცემა, თბ. 2010, 430. ველის ნომერი 713.

²⁰ მჭედლიშვილი-ჰედრიხი ქ., სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილი II, დანაშაულის გამოვლინების ცალკეული ფორმები, თბ. 2011, 332; ტურავა მ., სისხლის

ამაღლება არაა საკმარისი, რადგან შედეგი რეალიზებული რისკია და შესაბამისად, შედეგის გამონვევა მეტია, ვიდრე მხოლოდ რისკის ამაღლება ან საფრთხის შემცირება.²¹

2.3. შედეგის აბსოლუტური აცილებადობა

ქართული სისხლის სამართლის კოდექსის მე-8 მუხლის მე-3 ნაწილი გვთავაზობს მიზეზობრიობის ერთობ უჩვეულო სტანდარტს, რომლის მიხედვითაც, უმოქმედობა იმ შემთხვევაში ჩაითვლება კოდექსის შესაბამისი მუხლით გათვალისწინებული მართლსაწინააღმდეგო შედეგის განხორციელების ან კონკრეტული საფრთხის შექმნის აუცილებელ პირობად, როდესაც პირს ეკისრებოდა მოქმედების სამართლებრივი მოვალეობა, ჰქონდა ასეთი მოქმედების განხორციელების შესაძლებლობა და სავალდებულო და შესაძლებელი მოქმედებით შედეგი თავიდან იქნებოდა აცილებული.

რაც უნდა ბევრი ვისაუბროთ შედეგის თავიდან აცილებადობაზე, ექიმის მიერ დროული ოპერაციის განხორციელებას თუ ბუნებრივად შევაფასებთ, ვერასდროს შევძლებთ აბსოლუტური ხარისხობრივი მაჩვენებლით მიზეზობრიობის დადგენას, ვინაიდან თუნდაც სამედიცინო თვალსაზრისით ინდიცირებული ოპერაციის განხორციელების შემთხვევაშიც კი ცალსახად იმის თქმა, რომ პაციენტი გადარჩებოდა, შეუძლებელია. რადგან ოპერაცია ცოცხალი პროცესია, არავინ იცის რა და როგორ განვითარდებოდა. განხორციელებული უმოქმედობისა და დამდგარი შედეგის ნებისმიერი ურთიერთმიმართება შეიძლება ეფუძნებოდეს მხოლოდ გარკვეული პროცენტული მაჩვენებლის პროგნოზს, თუ რა როგორ განვითარდებოდა, ექიმს რომ ვალდებულების შესაბამისად ემოქმედა. მოცემულ შემთხვევაში მხოლოდ სამედიცინო თვალსაზრისით თუ შევაფასებთ ოპერაციის მიმდინარეობას და ისე დავადგენთ მიზეზობრიობას, რომელიც ერთმნიშვნელოვნად ვერ იქნება აბსოლუტური ხარისხობრივი სტანდარტის შესაბამისი.

სამართალი, ზოგადი ნაწილის მიმოხილვა, მე-9 გამოცემა, თბ. 2013, გვ. 295.

²¹ Baumann J., Weber U., Mitsch W., Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch, 11. neu bearbeitete Auflage, Bielefeld 2003, 271, ველის ნომერი 24.

ამ ყველაფერს ემატება მთელი რიგი ერთობლიობა იმ ხარვეზებისა, რომელიც შეიძლება თან ახლდეს სამედიცინო მანიპულაციას და რომელიც პრაქტიკაში აქტიურად იჩენს თავს. ოპერაციული ჩარევის შემდგომი პროცედურული შეფასება სამედიცინო თვალსაზრისით მიმდინარეობს სამედიცინო ჩანაწერების დეტალური შესწავლის ფონზე, რომელიც ხშირ შემთხვევაში არასრული ან არაზუსტია. „პაციენტის უფლებების შესახებ საქართველოს კანონის“ მე-4 მუხლის „ი“ ქვეპუნქტით სამედიცინო ჩანაწერი წარმოადგენს სამედიცინო მომსახურების გამწვევის მიერ დაფიქსირებულ ინფორმაციას პაციენტისთვის სამედიცინო მომსახურების განევასთან დაკავშირებით. „საქართველოს კანონის საექიმო საქმიანობის შესახებ“ 56-ე მუხლი მკაფიოდ განსაზღვრავს სამედიცინო ჩანაწერების წარმოების ვალდებულებას. ამასთან, აღნიშნული ჩანაწერი უნდა იყოს სრულყოფილი, ინფორმაცია დროულად და განსაზღვრულ ვადებში დაფიქსირებული. მიუხედავად სამედიცინო ჩანაწერების წარმოების საკანონმდებლო ვალდებულებისა, ექიმები ხშირად აპელირებენ ჩანაწერების არასრულყოფილ ფორმაზე, ტექნიკურ ხარვეზებზე, რაც, თავის მხრივ, კიდევ მეტ პრობლემას ქმნის, სრულყოფილად იქნეს წარმოდგენილი განხორციელებული სამედიცინო ღონისძიების მიმდინარეობის პროცესი, რათა ექიმის თითოეული პროცედურული მოქმედება შედეგთან მიმართებით რელევანტურობის თვალსაზრისით იქნეს განხილული. სამედიცინო ჩანაწერების არასრულყოფილი წარმოება ერთმნიშვნელოვნად მისი მწარმოებელი პირის პასუხისმგებლობის საკითხს იწვევს მხოლოდ პროფესიული თვალსაზრისით და სამედიცინო მომსახურების გამწვევის საწინააღმდეგოდ მოქმედებს, მაგრამ სამედიცინო ჩანაწერის არასრულყოფილების გამო შედეგის შერაცხვა არ შეესაბამება პროცესუალურ სტანდარტს. შესაბამისად, სასამართლო პრაქტიკას უწევს ბევრად უფრო რთულ პირობებში მუშაობა, *post factum* სამედიცინო ღონისძიებების შეფასება და ჰიპოთეტური კაუზალობის ფარგლებში აბსოლუტური მიზეზობრიობის დადგენა, რაც ცალსახად პარადოქსია.

3. ბერმანის სასამართლო პრაქტიკა

გამომდინარე ჰიპოთეტური მიზეზობრიობის სტანდარტის ხარისხობრივი სიმაღლიდან, მტკიცება საკმაოდ რთულია, რომ შედეგი წინდახედულობის ნორმის ქმედების განხორციელების შემთხვევაში არ დადგებოდა, რაც ხშირად გამამართლებელ განაჩენებამდე მიდიოდა. ამიტომ პრაქტიკა იყენებს ერთგვარ შეზღუდვას, რომლის მიხედვითაც, პასუხისმგებლობის დაფუძნება მაშინაც შესაძლებელია, თუ ბრალდებულის ქმედებამ პაციენტის სიცოცხლე მნიშვნელოვნად შეამოკლა - ექიმი პასუხს აგებს მაშინაც, თუ წინდახედულობის ნორმით მოთხოვნილი ქმედების განხორციელებისას პაციენტის სიცოცხლე რელობასთან ახლოს მდგომი ხარისხით მნიშვნელოვნად გახანგრძლივდებოდა.²² უმოქმედობის მიზეზობრიობის მოდიფიცირებული განმარტება, რომელიც რეალურად condition sine qua non ფორმულის შებრუნებულ ვარიანტს წარმოადგენს, შემდეგნაირად ჟღერს: **უმოქმედობა შედეგთან მიმართებით მხოლოდ მაშინაა მიზეზობრივი, როდესაც სავალდებულო და ფიზიკურად შესაძლებელი მოქმედება არ შეიძლება უგულვებელყოფილ იქნეს ისე, რომ შედეგი რეალობასთან ახლოს მდგომი ალბათობით გამოირიცხოს.**²³

აღსანიშნავია, რომ სასამართლო პრაქტიკა რისკის ამაღლების თეორიასთან მიმართებით არ არის ბოლომდე თანმიმდევრული და ცალსახა.²⁴ პრაქტიკის მოთხოვნა, რომ მიზეზობრიობისთვის საკმარისია მინიმუმ იმის დადგენა, რომ პაციენტი თუნდაც ერთი საათით მეტს იცოცხლებდა, არის მხოლოდ არაპირდაპირი გზით იმავე შედეგამდე მისვლა, რასაც რისკის ამაღლების თეორია აყენებს და ექიმებს, ფაქტობრივად, არავითარ შეღავათს არ უწევს პასუხისმგებლობის დაკისრებასთან მიმართებით.²⁵ სასამართლო პრაქტიკა რის-

²² Ratsel R., /Luxemburger B., Bearb. Schmidt J., Arztstrafrecht, Handbuch Medizinrecht, 2008, § 14, 811.

²³ <https://www.iurastudent.de/content/definition-zur-hypothetischen-kausalit%C3%A4t-und-die-sicherheit-grenzende-wahrscheinlichkeit> {უკანასკნელად გადაამონტებულია 24.07.2019}.

²⁴ ტურავა მ., სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილის მიმოხილვა, მე-9 გამოცემა, თბ. 2013, გვ. 292.

²⁵ ტურავა მ., სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილის მიმოხილვა, მე-9 გამოცემა,

კის ამაღლების თეორიას მხოლოდ იმ თვალსაზრისით უდგება, როგორც სიცოცხლის მხოლოდ თუნდაც მცირედით გახანგრძლივების შანსს.²⁶

პერიტონიტის შემთხვევა: ბრალდებული მუშაობდა ერთ-ერთ კლინიკაში, სადაც მან პაციენტს აპენდიციტის ოპერაცია გაუკეთა. მომდევნო დღეებში პაციენტს აშკარად აღენიშნებოდა პერიტონიტის გამოკვეთილი ნიშნები, რაზეც კლინიკის დირექტორმა მიუთითა კიდევ. თუმცა, ექიმმა გადანყვიტა, რომ მაინც საკუთარი მკურნალობის მეთოდები გაეგრძელებინა, ვინაიდან, მისი აზრით, სახეზე უბრალო ნაწლავის პარეზის შემთხვევა იყო. ექიმს, იმ დროისთვის საჭირო ღონისძიებები რომ გაეტარებინა, პაციენტი ალბათობის მაღალი ხარისხით გადარჩებოდა.²⁷ სასამართლომ ბრალდებულს გაუფრთხილებლობითი მკვლევლობა შერაცხა, რადგან პაციენტი ადრეული ოპერაციის საფუძველზე სარწმუნოდ ერთი დღით მეტს იცოცხლებდა. BGH-ს განმარტებით, სიცოცხლის გახანგრძლივება „მხოლოდ“ ერთი დღით არ შეიძლება აღქმულ იქნეს როგორც წარუმატებლობის არსებითი შეყოვნების საფუძველი. დროულად ჩატარებული ქირურგიული ჩარევით რეალობასთან მიახლოებული ალბათობის ხარისხით პაციენტს ერთი დღით სიცოცხლე გაუხანგრძლივებოდა და მაღალპროცენტული ალბათობის მაჩვენებლით კიდევ ერთი დღით გადარჩებოდა.²⁸

ბრალდებულმა ქირურგმა 15 წლის გოგონას აპენდიციტის ოპერაცია გაუკეთა. მიუხედავად სწორად გაკეთებული ლაპაროტომიისა, რამდენიმე დღის შემდეგ მუცლის ღრუში ანთება განვითარდა. გართულებებმა გამოიწვია მაღალი ტემპერატურა, მუდმივი პირღებინე-

თბ. 2013, 291, 293; Roxin C., *Strafrecht Allgemeiner Teil, Band II, Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, München 2003, § 31, ველის ნომერი 49.

²⁶ ტურავა მ., სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილის მიმოხილვა, მე-9 გამოცემა, თბ. 2013, 291; Roxin C., *Strafrecht Allgemeiner Teil, Band II, Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, München 2003, § 31, ველის ნომერი 49.

²⁷ Puppe I., *Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung, Band 2, Sonderformen des Verbrechens*, Baden-Baden 2005, 260.

²⁸ Puppe I., *Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung, Band 2, Sonderformen des Verbrechens*, Baden-Baden, 2005, 260.

ბა, წონასწორობის დაკარგვა, თავბრუსხვევა და მუცლის ტკივილები. სიმპტომებიდან გამომდინარე ექიმმა ნაწლავის ატონიის დიაგნოზი დაუსვა და დიაგნოზის ვერიფიცირებისთვის დამატებითი გამოკვლევებიც დაუნიშნა. მომდევნო დღეებში გამოკვლევებმა ლეიკოციტების მომატებული ოდენობა, პულსის მატება და გამაგრებული მუცელი აჩვენა, რომლებიც პერიტონიტის სტანდარტული ჩვენებებია. ექიმმა დაუყოვნებლივი ჩარევა არ განახორციელა. ოპერაციიდან მერვე დღეს გოგონას მდგომარეობა გაუარესდა და იგი შოკში ჩავარდა, მაგრამ დადგინდა, რომ თუნდაც დროულად ჩარეულიყო ექიმი, მდგომარეობის გაუმჯობესება მხოლოდ დროებითი იქნებოდა და გოგონა 7 დღის შემდეგ მაინც დაიღუპებოდა.²⁹ აქ წინდახედულობის ნორმის დარღვევა აშკარაა, ვინაიდან ექიმმა უგულვებელყო პერიტონიტის მკვეთრად გამოკვეთილი ნიშნები და გოგონას ოპერაცია გვიან გაუკეთა. თუმცა, ამასთან დგინდება, რომ გოგონას გადარჩენის შესაძლებლობა დროული ოპერაციის შემდეგაც კი რეალობასთან მიახლოებული ალბათობის მაღალი ხარისხით ვერ დგინდებოდა. ვინაიდან უკვე განვითარებული პერიტონიტი აღარაა მართვადი და უმრავლეს შემთხვევაში სიკვდილს იწვევს.³⁰ თუმცა, საქმის განმხილველმა პალატამ საკითხი სხვაგვარად დასვა, კერძოდ, სულ მცირე, გაგრძელდებოდა თუ არა გოგონას სიცოცხლე დროული ჩარევისას? სასამართლო სამედიცინო ექსპერტიზამ დაადგინა, რომ ექიმს სულ მცირე ერთი დღით ადრე მაინც რომ გაეკეთებინა ოპერაცია, გოგონა მინიმუმ ერთი დღით მეტს იცოცხლებდა, ამიტომაც, მინის სასამართლომ და გერმანიის უზენაესმა სასამართლომ მიზეზობრიობა დაადგინა და ექიმი მიეცა პასუხისმგებლობაში.³¹ შესაბამისად, მიზეზობრიობის ჯაჭვისთვის არაარსებითია, გარდაიცვლებოდა თუ არა პაციენტი მაინც ოპერაციის ჩატარების დროსაც, არამედ საკმარისია დადგინდეს, რომ სიკვდილი უფრო ადრე დადგა,

²⁹ Ulsenheimer K., Biermann E., *Arztstrafrecht in der Praxis*, 5. Aufl., Heidelberg 2015, 312, ველის ნომერი 500.

³⁰ Ulsenheimer K., Biermann E., *Arztstrafrecht in der Praxis*, 5. Aufl., Heidelberg, Müller, 2015, 313, ველის ნომერი 501.

³¹ Ulsenheimer K., Biermann E., *Arztstrafrecht in der Praxis*, 5. Aufl., Heidelberg 2015, 313, ველის ნომერი 502.

ვიდრე წინდახედულობის ნორმის დაცვის შემთხვევაში დადგებოდა.³² მომდევნო გადაწყვეტილებებში გერმანიის უზენაესმა სასამართლომ კიდევ უფრო გაუსვა ხაზი მიზეზობრიობის აღნიშნულ მიმართულებას და უფრო დააკონკრეტა, რომ სიცოცხლის ხანგრძლივობის არა მხოლოდ დღიური, არამედ საათობრივი გაზრდაც კი საკმარისია.³³

გერმანიის მიერ არჩეულ გზაზე, თავი გაართვას მიზეზობრიობის დადგენისთვის დამახასიათებელ პრობლემას, კიდევ სხვა რამდენიმე გაუგებრობა იჩენს თავს. კერძოდ, რისკის ამაღლების თეორიაზე უარის თქმა და რეალობასთან მიახლოებული ალბათობის მაღალი ხარისხის დადგენის აუცილებლობა, ცალსახად მოითხოვს საკმარისად ზუსტ სასამართლო-სამედიცინო დასკვნის არსებობას, რომელიც სამართალშემფარდებელს მხოლოდ გონივრულ ეჭვს დაუტოვებს მის მიერ მიღებული გადაწყვეტილების მცდარობის თაობაზე. ამასთან, დასჯადობის დაფუძნება სიცოცხლის თუნდაც ერთი საათით გახანგრძლივების შემთხვევაში კითხვის ნიშნებს ბადებს. უმართლობა, რომლისთვისაც ექიმს პასუხისმგებლობა უნდა დაეკისროს, გადარჩენის შესაძლებლობის განადგურებაა. მითითება იმაზე, რომ სიცოცხლის მინიმალური გახანგრძლივება, რომელიც რეალურად მკურნალობის მავალბელი ნორმის მიზანიც კი არ არის, მხოლოდ დასჯადობისთვის გამოსაყენებელი საბაზია, თუნდაც სიცოცხლის მცირედით გახანგრძლივების შანსი სიკვდილის გადადების იმ მოკლე დროს უკავშირდებოდეს, რომელიც, თავის მხრივ, საბოლოო გამოჯანმრთელების შანსთან შეიძლება ყოფილიყო დაკავშირებული.

დღევანდელი დოგმატიკური მდგომარეობით უმოქმედობის სისხლისსამართლებრივი დასჯადობა აღარ წარმოადგენს პრობლემას. თუმცა, არსებული საკანონმდებლო მოცემულობა უმოქმედობის მიზეზობრიობის დადგენასთან მიმართებით განსაკუთრებით თავს იჩენს სასამართლო პრაქტიკაში. უმოქმედობის ე.წ. ჰიპოთეტური მიზეზობრიობა, რომელიც ტერმინილოგიურადვე თავის თავში ჰიპოთეზას მოიაზრებს, დაუშვებელია სიტყვასიტყვით იქნეს განმარტე-

³² Ulsenheimer K., Biermann E., *Arztstrafrecht in der Praxis*, 5. Aufl., Heidelberg, 2015, 313, ველის ნომერი 502.

³³ Ulsenheimer K., Biermann E., *Arztstrafrecht in der Praxis*, 5. Aufl., Heidelberg, 2015, 313, 314, ველის ნომერი 503.

ბული და 100%-იან მიზეზობრიობამდე აყვანილი. გზა, თუ რატომ აარიდეს თავი საზღვარგარეთის ქვეყნებმა მიზეზობრიობის საკანონმდებლო ჩანაწერის არსებობას, რეალურად, ერთ-ერთი გამოსავალია იმ ჩიხიდან, რასაც მიზეზობრიობის დადგენა პრაქტიკას უქმნის. თუმცა, მეორე მხრივ, საკანონმდებლო გამჭვირვალობის პრინციპი მოითხოვს, რომ მაქსიმალური სიზუსტით იქნას განერილი ყველა ის სს მოთხოვნა, რომელსაც სახელმწიფო უყენებს მოქალაქეებს. აღნიშნული, რასაკვირველია, არა იმ ფორმით, რომ სიცხადემ მოჩვენებითი სახე მიიღოს და რეალურად გაუგებრობის ფონი შექმნას.

საქართველოს სსსკ-ის 259-ე მუხლის თანახმად, სასამართლოს განაჩენი უნდა იყოს კანონიერი დასაბუთებული და სამართლიანი. სასამართლოს განაჩენი კანონიერია თუ იგი გამოტანილია საქართველოს კონსტიტუციის, ამ კოდექსისა და საქართველოს სხვა კანონების მოთხოვნათა დაცვით, რომელთა ნორმებიც გამოყენებული იყო სისხლის სამართლის პროცესში. საინტერესოა, რამდენად დააკმაყოფილებს განაჩენის კანონიერების კრიტერიუმს მე-8 მუხლის მე-3 ნაწილის აბსოლუტური ფორმით მიზეზობრიობის დადგენა იმ ფონზე, როცა ექსპერტი თავს იკავებს მიზეზ-შედეგობრივი კავშირის 100%-იანი სიზუსტით დადგენისგან მხოლოდ იმ მოტივით, რომ აბსოლუტურობის სტანდარტი მეცნიერულად უბრალოდ მიუღებელია. განსაკუთრებით მაშინ, როდესაც საქმე ცოცხალ პროცესს - ოპერაციის მიმდინარეობას ეხება, დაკავშირებულია პაციენტის ჯანმრთელობის ინდივიდუალურ თავისებურებებთან, ტექნიკურ აღჭურვილობასთან და ა.შ. გამამტყუნებელი განაჩენიც კი, გონივრულ ეჭვს მიღმა სტანდარტის გათვალისწინებით, მოიაზრებს გარკვეულ პროცენტულ, გონივრულობის ფარგლებში არსებულ ეჭვს პირის შესაძლო უდანაშაულობის თაობაზე. აღნიშნული არ გულისხმობს გამამტყუნებელი განაჩენის სისწორეში ეჭვის შეტანას, არამედ მოიაზრებს ეჭვს მხოლოდ იმ ფარგლებში, რაც ბუნებრივად უნდა ახლდეს თან სუბიექტურად მიღებულ ნებისმიერ გადაწყვეტილებას. მაშინ, როდესაც საკითხის შეფასება ხდება *post factum*, დაუშვებელია აბსოლუტური სტანდარტის მოთხოვნა, ვინაიდან ექსპერტის დასკვნაც ასევე მედიცინის მუშაკის მიერ განხორციელებული ქმედებების შეფასებაა,

რომლის იურიდიული მნიშვნელობის არსიც სამართალშემფარდებლისთვის არა მიზეზ-შედეგობრიობის 100%-იან დადგენაში, არამედ მედიცინის მუშაკის მიერ განხორციელებული მანიპულაციების ან განსახორციელებელი მანიპულაციებისგან თავის შეკავების შეფასებაშია, რომელიც ისევე როგორც გამამტყუნებელი განაჩენი, შეიძლება მოიაზრებდეს და მოიცავდეს გარკვეული პროცენტული მაჩვენებლით ბუნებრივ ეჭვს, რაც ყველა შეფასებას გონივრულად უნდა ახლდეს თან.

მტკიცებულების კატეგორიულობა ვლინდება მტკიცებულების შინაარსობრივ სიზუსტეში, თუ რამდენად შეუძლია დაადასტუროს კონკრეტული ფაქტი. სავარაუდოა, ექსპერტიზის დასკვნა, რომელიც აბსოლუტური სიზუსტით არ ადგენს რაიმე გარემოებას. დასაბუთებისას უნდა გამოიკვეთოს, რომ, მართალია, ექსპერტიზის დასკვნა სრული სიზუსტით არ ადგენს რაიმე ფაქტს, მაგრამ სხვა მტკიცებულებებთან ერთად საკმარისია... თუმცა, ამ შემთხვევაშიც ეს სავარაუდო მტკიცებულება არ უნდა გახდეს მოსამართლის ძირითადი დასკვნის დასაყრდენი.³⁴ საკანონმდებლო ჩანაწერის გათვალისწინებით, მიუღებელია აღნიშნული პოზიცია, რომელიც სასამართლო სახელმძღვანელო სტანდარტადაა მოცემული. მაშინ როცა საკანონმდებლო დონეზე ცალსახადაა მოთხოვნილი მიზეზობრივი კავშირის დადგენა და აღნიშნული მხოლოდ სასამართლო-სამედიცინო დასკვნით თუ იქნება დადასტურებული. მოსამართლე, რომელსაც სპეციალური სამედიცინო ცოდნა არ გააჩნია, არაა კომპეტენტური, სავარაუდო დასკვნა სხვა მტკიცებულებებთან ერთობლიობაში შეაფასოს და აღნიშნული გამამტყუნებელი განაჩენის გამოსატანად საკმარისად მიიჩნიოს.

³⁴ სახელმძღვანელო წინადადებები სისხლის სამართლის საქმეზე განაჩენის ფორმის, მისი დასაბუთებულობისა და ტექსტის სტილისტიკური გამართულობის თაობაზე, განკუთვნილია საერთო სასამართლოების მოსამართლეებისთვის, საქართველოს უზენაესი სასამართლო, 2015, გვ. 103.

დასკვნა

ცხადია, რომ საჭიროა პრაქტიკის ერთი მიმართულებით განვითარება, განმარტების სწორი პოზიციის არჩევა და სამართალშემფარდებლების მიერ აღნიშნული პრაქტიკის გათვალისწინება. წარმოუდგენელია, მოსამართლე დამოუკიდებლად, მედიცინის სფეროში განსწავლული ექსპერტის გარეშე, აფასებდეს სამედიცინო მანიპულაციების მიზნობრიობას, ისევე როგორც წარმოუდგენელია, რომ ექსპერტის არაცალსახა დასკვნის საფუძველზე გამოიტანოს გამამტყუნებელი განაჩენი, თუნდაც, სხვა მტკიცებულებებთან ერთობლიობაში შეფასებით მას გაუჩნდეს აღნიშნულისთვის საკმარისი შინაგანი რწმენა. ის ტენდენცია, რაც საქართველოს საერთო სასამართლოების განაჩენებით იკვეთება, რომ თავი აარიდონ აღნიშნულ საკითხზე განმარტების გაკეთებას ხელს უშლის სასამართლო პრაქტიკის განვითარებას და დასახელებული პრობლემის ერთხელ და სამუდამოდ გადაჭრას. მართალია, განმარტების მეთოდებთან განსაკუთრებით ფრთხილი დამოკიდებულება განპირობებულია იმ ზღვარის ხელშეუხებლობით, რომელიც საკანონმდებლო და სასამართლო ხელისუფლებას ერთმანეთისგან მიჯნავს. თუმცა, სამართალშემფარდებლის ფუნქცია ისაა, რომ შავით თეთრზე დაწერილი ნორმა პრაქტიკას მოარგოს და კანონმდებლის ნების გათვალისწინების ფარგლებში განმარტებას სწორი მიმართულება მისცეს.

თამარ ნინოშვილი

ჯანმრთელობა, როგორც ლიმიტირებაულად დისკონირებადი
სამართლებრივი სიკეთე და მისი განკარგვის უფლებამოსილების
თავისებურება

სამართლებრივი სიკეთის განკარგვა

სამართლებრივი სიკეთის განკარგვა, ანუ დისპონიბელობა საფუძვლად უდევს დაზარალებულის უფლებას, განაცხადოს თანხმობა საკუთარი ძალაუფლების ქვეშ მყოფი სამართლებრივი სიკეთის დაზიანებაზე. თანამედროვე სამყაროში აღიარებულია სამართლებრივ სიკეთეთა დაყოფა განკარგვად და განუკარგველ უფლებებად, თუმცა ამ დაყოფის აღიარებამდე მეცნიერებს შორის ხანგრძლივი დავა მიმდინარეობდა. მას შემდეგ, რაც დისპონირებად და არადისპონირებად (განკარგვად და განუკარგველ) სამართლებრივი სიკეთეთა არსებობა იქნა აღიარებული, დაიწყო მსჯელობა იმის შესახებ, თუ უშუალოდ რომელ უფლებებზე შეუძლია პიროვნებას გაავრცელოს თავისი ძალაუფლება. ეს საკითხი კიდევ უფრო პრობლემურია და დავა ზოგიერთი სამართლებრივი სიკეთის განკარგვაობაზე დღესაც არ არის ერთგვაროვნად მოწესრიგებული სხვადასხვა ქვეყნის კანონმდებლობასა და ლიტერატურაში.

ისტორიულად სამართლებრივ სიკეთეთა დაყოფას განკარგვად და განუკარგველ უფლებებად წინ უძღვოდა მეცნიერთა განსხვავებული პოზიციები. სუბიექტურმა იდეალიზმმა ადამიანის ყველა უფლება განკარგვად უფლებად აღიარა და აქედან გამომდინარე, დაზარალებულის სამართლებრივი სიკეთის დაზიანებაზე მისი თანხმობა ქმედების დანაშაულებრიობის გამომრიცხველ გარემოებად ჩათვალა. ამ თეორიამ კრიმინალისტთა შორის ფართო მხარდაჭერა ვერ ჰპოვა. მეცნიერთა პოზიციები გაიყო. პირველი მიმართულება ასაბუთებდა ზნეობრივი სანქსის უპირატესობას და თვლიდა, რომ ადამიანის უფლებები განუსაზღვრელია ზნეობრივ მოთხოვნათა ძალით და მათზე არ ვრცელდება მისი მატარებლის ძალაუფლება. არადისპონირებად უფლებებზე უარის თქმა და მათი ხელყოფა დაზარა-

ლებულის თანხმობით პოლიციურ დარღვევად ითვლებოდა. მეორე მიმდინარეობა, რომელიც სუბიექტურ იდეალიზმს ეფუძნებოდა, მიიჩნევდა, რომ უფლება სიცოცხლეზე, ჯანმრთელობაზე, ღირსების დაცვაზე, ქონებაზე და სხვა, პირისაგან განუყოფელია და არ შეიძლება ამ უფლებებზე უარის თქმა. ისინი არადისპონირებად სამართლებრივ სიკეთეებზე უარს უშვებდნენ გამონაკლის შემთხვევებში, თუმცა სიცოცხლესა და ჯანმრთელობის მიმე დაზიანებაზე თანხმობა უპირობოდ გამორიცხეს, როგორც დაზარალებულის თანხმობით განკარგავადი სიკეთე.¹

სამართლებრივი სიკეთის დისპონირების შესაძლებლობის განსაზღვრისათვის უნდა დავადგინოთ თანხმობის გაცემის უნარი, რაც უპირველესად გულისხმობს იმას, რომ დაზარალებული ის პირია, რომელიც თავად არის უფლებამოსილი განკარგოს მის ხელთ არსებული იმ სამართლებრივი სიკეთის ბედი, რომელმაც ზემოქმედება უნდა განიცადოს.² ამ დროს დიდი მნიშვნელობა ენიჭება სისხლის-სამართლებრივი დაცვის ობიექტს, ანუ უნდა განისაზღვროს დანაშაულებრივი ხელყოფა მიმართულია კერძო თუ საჯარო ინტერესის წინააღმდეგ. მართლწინააღმდეგობის გამოსარიცხად, კერძო ინტერესის წინააღმდეგ მიმართული დანაშაულების შემთხვევაში (ცალკეული გამონაკლისების გარდა), რა თქმა უნდა, სხვა პირობებთან ერთად, საკმარისია დაზარალებულის თანხმობა არსებობდეს.³ მაგალითად: მესაკუთრის თანხმობით შეიძლება მისი სახლის დანგრევა ახლის ასაშენებლად.⁴ მაშასადამე, საკუთრებასა და ქონებაზე უარის თქმა დასაშვებია, თუმცა გამონაკლისები აქაც არსებობს.⁵ „იურიდიულ

¹ ლეკვეიშვილი მ., დაზარალებულის თანხმობა, როგორც მართლწინააღმდეგობის გამომრიცხველი გარემოება, “სამართლის ჟურნალი” №1-2, 2010, გვ. 164-165.

² ტყეშელაძე გ., ლეკვეიშვილი მ., ნაჭყებია გ., თოდუა ნ., მჭედლოშვილი-ჰედრიხი ქ., მამულაშვილი გ., ივანიძე მ., ხერხეულიძე ი., სისხლის სამართლის ზოგადი ნაწილი, თბ. 2016, გვ. 377.

³ დვალიძე ი., მართლწინააღმდეგობის გამომრიცხველი ზეკანონური გარემოებანი სისხლის სამართალში, ჟ. “მართლმსაჯულება და კანონი” №1, 2007, გვ. 153.

⁴ ტურავა მ., სისხლის სამართლის ზოგადი ნაწილის მიმოხილვა, მე-9 გამოცემა, თბ. 2013, გვ. 206.

⁵ ვესელსი ი., ბოილკე ვ., სისხლის სამართლის ზოგადი ნაწილი, დანაშაული და მისი აგებულება, თბ. 2010, გვ. 204, ველის ნომ. 372.

ლიტერატურაში დავას ინვევს საკითხი კერძო საკუთრებაში არსებული იმ ქონების დაზიანებისა თუ განადგურების შესაძლებლობის შესახებ, რომელსაც განსაკუთრებული მხატვრული ან ისტორიული მნიშვნელობა აქვს (მხატვრული ტილო, უნიკალური წიგნი, იშვიათი მუსიკალური ინსტრუმენტი და სხვა). ზოგიერთი ავტორი კატეგორიულად უარყოფს ასეთ შემთხვევაში დაზარალებულის თანხმობით მისი ქონების დაზიანების ან განადგურების მართლზომიერებას.⁶ მ. ლეკვეიშვილის მოსაზრებით, ის შეზღუდვა, რომელიც დაკავშირებულია ზემოაღნიშნული საგნების დაზარალებულის თანხმობით დაზიანებასთან თუ განადგურებასთან, დასაშვები უნდა იყოს მხოლოდ იმ პირობით, თუ იგი არ ეწინააღმდეგება სახელმწიფოში მოქმედ კანონმდებლობას. ასეთი საგნების განსაკუთრებული სამართლებრივი სტატუსის გამო საქართველოში პარლამენტის მიერ 2007 წლის 8 მაისს მიღებულ კანონში ჩამოთვლილია განსაკუთრებული ისტორიული, მეცნიერული, კულტურული და ეროვნული ღირებულებების მქონე საგანთა ნუსხა. იმისათვის, რომ დადგინდეს ამა თუ იმ ნივთისა თუ დოკუმენტის განსაკუთრებული ეროვნული ღირებულება, სავალდებულოა სათანადო ექსპერტის დასკვნა და მხოლოდ ამის შემდეგ შეიძლება მსჯელობა მათი განადგურებისას დაზარალებულის თანხმობის მართლზომიერების შესახებ.⁷

არსებობს ისეთი დანაშაულებიც, რომლებიც ერთდროულად ხელყოფს კერძო და საჯარო ინტერესებს. მაგალითად, მონმის მიერ ცრუ ჩვენების მიცემისას (სსკ-ის 370-ე მუხლი) ძირითად სამართლებრივ სიკეთედ გვევლინება მართლმსაჯულების ინტერესი, ხოლო დამატებით ობიექტად - ადამიანის პატივი და ღირსება, მისი კანონიერი ინტერესები.⁸ თუკი მამა შვილის მიერ ჩადენილ მკვლელობას დაიბრალებს და მეზობელი ამას დაადასტურებს მამის დაჟინებული თხოვნის გამო, მეზობელი დაისჯება ცრუ ჩვენების მიცემისათვის, ხოლო მამა ცრუ ჩვენების მიცემის ნაქეზებისათვის,⁹ რადგან სა-

⁶ ლეკვეიშვილი მ., დასახ. ნაშრ., “სამართლის ჟურნალი” №1-2, 2010, გვ. 176.

⁷ იქვე, გვ. 176.

⁸ დვალიძე ი., დასახ. ნაშრ., ჟ. “მართლმსაჯულება და კანონი” №1, 2007, გვ. 153;

⁹ მჭედლიშვილი-ჰედრიხი ქ., სისხლის სამართლის ზოგადი ნაწილი, ტომი I,

ჯარო ინტერესის ხელყოფა (ამ შემთხვევაში მართლმსაჯულების ინტერესების) არ არის გამართლებული, როდესაც ამ ხელყოფაზე თანხმობა კერძო პირმა განაცხადა.¹⁰

თანხმობას, რომელიც დაკავშირებულია საზოგადო ან საჯარო ინტერესის ხელყოფასთან, როგორც წესი, იურიდიული ძალა არ გააჩნია.¹¹ საჯაროსამართლებრივი სიკეთის განკარგვისას ქმედების მართლწინააღმდეგობა გამოირიცხება მხოლოდ იმ შემთხვევაში, თუ ამ სახის სიკეთის განკარგვა გამომდინარეობს მოჭარბებული საჯარო ინტერესიდან და სათანადო ნებას გამოავლენს შესაბამისი სახელმწიფო სტრუქტურა კანონიერი გადაწყვეტილების მიღებით.¹² ამასთან, სამართლებრივი სიკეთის მფლობელის მიერ ნებისმიერი სახის ინდივიდუალურ-სამართლებრივი სიკეთის დაზიანებაზე გაცემული თანხმობა არ იქნება საკმარისი იმისათვის, რომ დამზიანებლის მოქმედება მართლზომიერად ჩაითვალოს. ცალკეული სამართლებრივი სიკეთის მატარებელი პირის მიერ გაცხადებულ თანხმობას შეიძლება მნიშვნელობა არ მიენიჭოს იმ შემთხვევაშიც კი, როცა ინტერესი ინდივიდუალურია, მაგრამ საჯარო პოლიტიკა არ აძლევს პირს მისი თავისუფლად განკარგვის შესაძლებლობას. ამის საუკეთესო მაგალითია ადამიანის სიცოცხლისა და სხეულებრივი მთლიანობის დაცვა.¹³ თუმცა უნდა აღინიშნოს, რომ ჯანმრთელობა დისპონირებადი სამართლებრივი სიკეთეა და დაზარალებულის თანხმობით გამართლდება, როდესაც გარკვეული წინაპირობები არის დაცული. მაშასადამე, განუკარგველია ადამიანის სიცოცხლე და საზოგადოებრივი სიკეთე (მაგ., ბუნების დაცვის დელიქტები).¹⁴

დანაშაული, ძირითადი საკითხები კითხვა-პასუხებით, თბ. 2014, გვ. 86, ველის ნომ. 409.

¹⁰ იქვე, გვ. 86, ველის ნომ. 407.

¹¹ ტყემულიაძე გ., ლეკვეიშვილი მ., და სხვ., დასახ. ნაშრ., თბ. 2016, გვ. 377.

¹² ლეკვეიშვილი მ., დასახ. ნაშრ., "სამართლის უურნალი" №1-2, 2010, გვ. 167.

¹³ ტყემულიაძე გ., ლეკვეიშვილი მ., და სხვ., დასახ. ნაშრ., თბ. 2016, გვ. 377.

¹⁴ Hingeldorf E., Einführung in das Medizinstrafrecht, München 2016, გვ. 14, ველის ნომ. 22.

ჯანმრთელობის განკარგვის თავისებურება

სხეულებრივი მთლიანობის დარღვევაზე თანხმობა მხოლოდ შეზღუდულადაა დაშვებული.¹⁵ დაზარალებულის თანხმობა მისთვის ჯანმრთელობის დაზიანებაზე, მათ შორის სამედიცინო ჩარევის გზით, გამორიცხავს ქმედების მართლწინააღმდეგობას, თუ იგი არ არღვევს საყოველთაოდ აღიარებულ მორალურ ნორმებს და სოციალურად სასარგებლო მიზანს ემსახურება.¹⁶ სხეულებრივი მთლიანობა არადისპონირებად სამართლებრივ სიკეთედ რომ გველიარებინა, კითხვის ნიშნის ქვეშ დადგებოდა სამედიცინო ჩარევის შესაძლებლობა, ვინაიდან პაციენტის სხეულებრივი მთლიანობის დარღვევა სისხლის-სამართლებრივად ვერ გამართლდებოდა და ჯანმრთელობის დაზიანების კვალიფიკაციაზე ვიმსჯელებდით, აგრეთვე აიკრძალებოდა სპორტის რიგი სახეობები, რომლებიც ჯანმრთელობის დაზიანების რისკთან არის დაკავშირებული. შესაბამისად აღიარებულია, რომ ჯანმრთელობა განკარგავადი სამართლებრივი სიკეთეა, თუ დაცულია პაციენტის და ზოგადად დაზარალებულის თანხმობის ნამდვილობის წინაპირობები.

„დაზარალებულის თანხმობით სხეულის დაზიანება მართლსაწინააღმდეგოა იმ შემთხვევაში, როცა ეს ქმედება ეწინააღმდეგება სოციალური თანაცხოვრების ჯანსაღ ზნე-ჩვეულებებს. მართლზომიერია ადამიანის სიცოცხლისა და ჯანმრთელობისათვის სასარგებლო ნებისმიერი ოპერაცია პაციენტის თანხმობით, რომელიც ხდება ქცევის აღიარებული ნორმების საფუძველზე“¹⁷ და პაციენტის თანხმობის მართლზომიერების სხვა ყველა წინაპირობის დაცვით. მართლსაწინააღმდეგოა ისეთი სამედიცინო ექსპერიმენტი, თუნდაც პაციენტის თანხმობით, რომელიც არღვევს ქცევის აღიარებულ ნორმებს და გამოხატავს პიროვნებისადმი არაადამიანურ მოპყრობას: აკრძალული სამედიცინო ექსპერიმენტები, სადისტური მოქმედებები.¹⁸ მაგალითად, სსკ-ის 133¹ მუხლი პირდაპირ ითვალისწინებს თანხმობის გა-

¹⁵ Hingeldorf E., dasax. naSr., München 2016, გვ. 14, ველის ნომ. 22.

¹⁶ ლეკვეიშვილი მ., დასახ. ნაშრ., „სამართლის ჟურნალი“ №1-2, 2010, გვ. 172.

¹⁷ ტურავა მ., დასახ. ნაშრ., 2013, გვ. 205.

¹⁸ იქვე, გვ. 205-206.

რეშე სტერილიზაციის დასჯადობას. სისხლის სამართლის კოდექსის აღნიშნული მუხლი კერძო შემთხვევას ეხება, თუმცა უნდა აღინიშნოს, რომ სხვა ნებისმიერი სამედიცინო ჩარევა, რომელიც პაციენტის სხეულებრივ მთლიანობას არღვევს მისი წინასწარი ინფორმირებული თანხმობის გარეშე, აგრეთვე სისხლისსამართლებრივ დასჯადობამდე მიგვიყვანს. ცხადია, აქ არ იგულისხმება პაციენტის სავარაუდო თანხმობის შემთხვევები, როდესაც ობიექტური გარემოებებიდან გამომდინარე შეუძლებელია პაციენტისაგან თანხმობის მიღება.

ბანკარბვის უფლებამოსილება.

იმისათვის, რომ პირმა სამართლებრივი სიკეთე განკარგოს, აღნიშნული სიკეთე მისი ძალაუფლების ქვეშ უნდა იმყოფებოდეს. ზოგადად, დაზარალებულის თანხმობის შემთხვევაში ამ საკითხს სამართლებრივ სიკეთეთა სახეებს უკავშირებენ. აქ ხაზი ესმება იმას, რომ კერძო პირის ძალაუფლების ქვეშ არ არის საჯარო სამართლებრივი სიკეთეები და მაშასადამე, კერძო პირს არ აქვს საჯარო-სამართლებრივ სიკეთეთა განკარგვის უფლებამოსილება. მაგალითად, სსკ-ის 370-ე მუხლი, რომელიც ითვალისწინებს პასუხისმგებლობას ცრუ ჩვენებისათვის. თანხმობა ცრუ ჩვენების მიცემაზე არ შეიძლება მართლწინააღმდეგობის გამომრიცხველ თანხმობად შეფასდეს, ვინაიდან ამ დანაშაულის დაცვის ობიექტია არა ინდივიდუალური, არამედ საყოველთაო სამართლებრივი სიკეთე - მართლმსაჯულების ინტერესები.¹⁹ აქვე აღსანიშნავია, რომ განკარგვის უფლებამოსილების საკითხი მხოლოდ კერძო პირის მიერ საჯარო სიკეთეთა განუკარგველობას არ ეხება. შესაძლოა, ინტერესი კერძო იყოს, მაგრამ იგი სხვის განკარგულებაში იმყოფებოდეს. მაგალითად, ა-ს სხეულებრივ მთლიანობაში ჩარევაზე თანხმობას მისი მეზობელი ვერ განაცხადებს. აგრეთვე, ქონებრივი სიკეთე შეიძლება იყოს კერძო საკუთრება, მაგრამ ის პირი ვერ განკარგავს, რომლის უშუალო საკუთრებაშიც აღნიშნული ქონება არ იმყოფება. ყურადღება უნდა გამახვილდეს აგრეთვე თანასაკუთრების განკარგვის საკითხზეც.

¹⁹ ლეკვეიშვილი მ., დასახ. ნაშრ., „სამართლის ჟურნალი“ №1-2, 2010, გვ. 168.

მხოლოდ თანამესაკუთრის თანხმობა ქონებრივი ზიანის მიღებაზე არ არის ნამდვილი,²⁰ ვინაიდან იგი არ არის სამართლებრივი სიკეთის ერთპიროვნული მფლობელი.

იმისათვის, რომ ექიმის მიერ პაციენტის სხეულებრივ მთლიანობაში ჩარევა პაციენტის თანხმობით გამართლდეს, აუცილებელია, რომ სამართლებრივი სიკეთის განკარგვაზე თანხმობა უფლებამოსილმა პირმა განაცხადოს. მედიცინის სისხლის სამართალში მართლწინააღმდეგობის გამომრიცხველი ზეკანონური გარემოების - დაზარალებულის თანხმობის დაკონკრეტებას წარმოადგენს პაციენტის თანხმობა. სახელწოდებიდან გამომდინარე, ნათელია, რომ სამედიცინო ჩარევა გამართლდება, თუ მასზე თანხმობა უშუალოდ პაციენტმა განაცხადა. როგორც წესი, საკუთარ სხეულებრივ მთლიანობაში ჩარევაზე, თანხმობას უშუალოდ პაციენტი აცხადებს. თუმცა არსებობს გამონაკლისებიც. მაგ., როდესაც პაციენტი არასრულწლოვანია, ანდა ფსიქიკურად ავადმყოფია, შესაძლოა უშუალო სამართლებრივი სიკეთის მფლობელის ნაცვლად თანხმობა მისმა მშობლებმა ანდა კანონიერმა წარმომადგენლებმა განაცხადონ. ლიტერატურაში ვხვდებით ჩანაწერს, რომ განკარგვის უფლებამოსილი პირი მხოლოდ სამართლებრივი სიკეთის ერთპიროვნულ მფლობელს გულისხმობს და სამედიცინო ჩარევისას ეს საკითხი უმთავრესად არაა პრობლემატური იქიდან გამომდინარე, რომ პაციენტი საკუთარი სხეულებრივი მთლიანობის ერთპიროვნული მფლობელია.²¹ აღნიშნული ჩანაწერი არ ითვალისწინებს თანხმობაუუნარო პაციენტების შემთხვევებს, როდესაც სამედიცინო ჩარევაზე მათ ნაცვლად პაციენტის ნათესავი ან კანონიერი წარმომადგენელი გასცემს თანხმობას. მაგალითად, მშობელმა შესაძლოა განკარგოს არასრულწლოვანი შვილის ჯანმრთელობა ქირურგიულ ოპერაციაზე დათანხმების გზით. ამ შემთხვევაში სამართლებრივი სიკეთე უშუალოდ მშობელს არ ეკუთვნის, მაგრამ მისი განკარგვის უფლებამოსილება გააჩნია.

ჯანმრთელობის დაცვის შესახებ საქართველოს კანონის 36-ე

²⁰ დოლიძე თ., მართლწინააღმდეგობისა და ბრალის გამომრიცხველი ზეკანონური გარემოებების კვალიფიკაციის ძირითადი ასპექტები, ჟ. "სამართალი და მსოფლიო" №4, 2016, გვ. 230.

²¹ Hingeldorf E., დასახ. ნაშრ., München 2016, გვ. 14, ველის ნომ. 22.

მუხლი განმარტავს, თუ როდის აქვს უფლება ექიმს, რომ პაციენტს სამედიცინო დახმარება გაუწიოს. აღნიშნულია, რომ ეს უფლება სამედიცინო მომსახურების გამწვევს ეძლევა მაშინ, როდესაც უშუალოდ პაციენტი, ხოლო მისი მცირეწლოვანების ან მის მიერ გაცნობიერებული გადაწყვეტილების მიღების შეუძლებლობის შემთხვევაში – პაციენტის ნათესავი ან კანონიერი წარმომადგენელი მოითხოვს ამას ან ნებას რთავს ექიმს, გაუწიოს სამედიცინო დახმარება, აგრეთვე, თუ, ნაგულისხმევი თანხმობის²² შემთხვევაში, პაციენტი, ხოლო მისი მცირეწლოვანების ან მის მიერ გაცნობიერებული გადაწყვეტილების მიღების შეუძლებლობის შემთხვევაში – პაციენტის ნათესავი ან კანონიერი წარმომადგენელი არ გამოხატავს რაიმე წინააღმდეგობას სამედიცინო დახმარების განევისას. საბოლოოდ შეიძლება ითქვას, რომ სამართლებრივი სიკეთის განკარგვის უფლებამოსილების ყველაზე მართებული განმარტება შემდეგნაირადაა ჩამოყალიბებული - სამართლებრივი სიკეთის განკარგვის უფლებამოსილება აქვს პირს, რომელიც დაცული ინტერესის დამოუკიდებელი მფლობელია, ან დაზარალებულის წარმომადგენელს, რომელსაც სამართლებრივი სიკეთის განკარგვის უფლებამოსილება ენიჭება.²³

პაციენტის მიერ ქმედების არსის გაგება და ნების გამოვლენის უნარი

იმისათვის, რომ პაციენტის თანხმობით სამედიცინო ჩარევა გამართლდეს, თანხმობის განმცხადებელი თანხმობაუნარიანი უნდა იყოს, რაც იმას გულისხმობს, რომ მას, საკუთარი გონებრივი და მორალური სიმწიფიდან გამომდინარე, სამართლებრივ სიკეთეზე უარის თქმის მნიშვნელობისა და შედეგების სწორად შეცნობისა და

²² ნაგულისხმევი თანხმობა - სიტუაცია, როდესაც პაციენტმა მიმართა ექიმს სამედიცინო დახმარების მისაღებად, ხოლო ეს უკანასკნელი, მიუხედავად წერილობითი ან სიტყვიერი შეთანხმების არსებობისა გაესაუბრა მას, გასინჯა, და ა.შ. ამ მომენტიდან ექიმს ეკისრება კანონით გათვალისწინებული პასუხისმგებლობა პაციენტის მიმართ (იხ. ჯანმრთელობის დაცვის შესახებ საქართველოს კანონის მუხ. 3. პ. „პ“).

²³ ვესელსი ი., ბოილკე ვ., დასახ. ნაშრ., თსუ-ის გამომცემლობა, 2010, გვ. 204, ველის ნომ. 373.

შეფასების უნარი უნდა შესწევდეს. თუ სად გადის აღნიშნული ინტელექტუალური სიმნიფის ზღვარი, დღემდე სადავო საკითხს წარმოადგენს. აღიარებული შეხედულების თანახმად, განსაზღვრული ასაკობრივი ცენზი დაწესებული არ არის (თანხმდებიან მხოლოდ იმაზე, რომ 14 წლამდე პირი თანხმობაუნარიანი არაა, შესაბამისად პრობლემურია თანხმობა 14 დან 18 წლამდე). მნიშვნელობა არც იმ გარემოებას აქვს, კონკრეტული პიროვნება, სამოქალაქოსამართლებრივი თვალსაზრისით, სრულად ქმედუნარიანია თუ არა. მთავარია, იგი საკუთარი შეგნების სიმნიფიდან და ანალიტიკური აზროვნების უნარიდან გამომდინარე, მისი ინტერესების შემლახველი ქმედების არსს, ფარგლებსა და შედეგებს სრულად აცნობიერებდეს. თანხმობის განმცხადებელს სწორი წარმოდგენა უნდა ჰქონდეს მოსალოდნელი ხელყოფის სავარაუდო განვითარების პროცესსა და მის თანმდევ მოვლენებზე.²⁴

პაციენტის თანხმობა ვერ ჩაითვლება მართლზომიერად, თუ თანხმობის მიმცემს სამართლებრივი სიკეთის ბედის განსაზღვრა არ შეუძლია ასაკის, ფსიქიკური შეურაცხადობის ან სხვა გარემოების გამო.²⁵ კონკრეტული პიროვნების მხრიდან კეთილგონიერი განსჯის უუნარობის შემთხვევაში მისი კანონიერი წარმომადგენელის თანხმობაა საჭირო.²⁶

სრულწლოვანი პირების შემთხვევაში ბევრად მარტივია იმის განსაზღვრა, აქვთ თუ არა მათ ქმედების არსის გაგებისა და გაცნობიერებული გადაწყვეტილების მიღების უნარი. ზოგადად მიიჩნევა, რომ თანხმობის გამოხატვის უნარი სრულწლოვან პირებს აქვთ. თუმცა ასეთი უნარი საგამონაკლისო წესით გამოირიცხება. მაგალითად, როცა პირი ფსიქიკურად დაავადებულია, მთვრალია, ან არსებობს გარემოებანი, რომლებიც მოქმედებენ პირის შესაძლებლობებზე, გააკეთოს თავისუფალი და გაცნობიერებული არჩევანი.²⁷ ექიმისათვის უფრო ალქმადია ისეთი შემთხვევები, როდესაც სრულწლოვან პირს გაცნობიერებული გადაწყვეტილების მიღების უნარი არ აქვს.

²⁴ იქვე, გვ. 204-205, ველის ნომ. 374.

²⁵ დვალაძე ი., დასახ. ნაშრ., უ. "მართლმსაჯულება და კანონი" №1, 2007, გვ. 154.

²⁶ ვესელსი ი., ბოილკე ვ., დასახ. ნაშრ., თბ. 2010, გვ. 205, ველის ნომ. 374.

²⁷ ტყეშელიაძე გ., ლეკვიშვილი მ., და სხვ., დასახ. ნაშრ., თბ. 2016, გვ. 380.

მაგალითად, სრულწლოვანი პირის ფსიქიკური ავადმყოფობა, სიმთვრალე ანდა გამაბრუებელი საშუალებების ზემოქმედება შესამჩნევია და ექიმს არ სჭირდება დიდი ძალისხმევა, რომ კანონიერი წარმომადგენლის თანხმობა მოითხოვოს. რაც შეეხება არასრულწლოვნის გაგებუნარიანობისა და ნების გამოვლენის უნარის დადგენას, ეს შემთხვევა, როგორც თეორიული დასაბუთებისათვის, ასევე პრაქტიკაშიც სამედიცინო მომსახურების გამწვევისათვის მეტად პრობლემურია.

არასრულწლოვნის ბაბუაუნარიანობისა და თანხმობაუნარიანობის პრობლემატიკა

სამედიცინო ჩარევაზე ნამდვილი თანხმობის მისაცემად არასრულწლოვანს საჭირო სულიერი და ზნეობრივი სიმწიფე უნდა ახასიათებდეს. გერმანულ სამართალში ითვლება, რომ 14 წლამდე ასაკის ბავშვებს ამგვარი სიმწიფისათვის ჯერ არ მიუღწევიათ და ამიტომაც თანხმობაუნარიანები არ არიან. პრობლემურია თანხმობა 14-დან 18 წლამდე ბავშვების შემთხვევაში. რაც უფრო მცირემწიფეწლოვანი და ნაკლებად სარისკოა სამედიცინო ჩარევა, მით უფრო შესაძლებელია თანხმობაუნარიანობის დადასტურება. ამასთან, რაც უფრო ახალგაზრდაა პაციენტი, მით უფრო რთულია თანხმობაუნარიანობის აღიარება, და პირიქით, რაც მეტად უახლოვდება პაციენტი სრულწლოვანების ასაკს, შედარებით მარტივდება მისი ერთპიროვნული გადაწყვეტილების მიღების უნარის დადასტურება. მსუბუქი ჩარევისას, მაგ., სისხლის ანალიზის აღებისას, თანხმობაუნარიანობა აღიარებულია 16 წლის ასაკიდან. თუკი დადასტურდება, რომ არასრულწლოვანს გაცნობიერებული გადაწყვეტილების მიღება შეუძლია, სამედიცინო ჩარევისას მისი ნება იქნება გადამწყვეტი და არა მისი კანონიერი წარმომადგენლის. იმ შემთხვევაში, თუ არასრულწლოვანს გაგებისა და დასკვნის გამოტანის უნარი სათანადო დონეზე არ აღენიშნება, ბავშვის მაგივრად თანხმობას მისი კანონიერი წარმომადგენელი აცხადებს.²⁸

²⁸ Hingeldorf E., დასახ. ნაშრ., München, 2016, გვ. 15, ველის ნომ. 26-27.

ქართულ კანონმდებლობაშიც, გერმანულის მსგავსად, მიიჩნევა, რომ 14 წლამდე პირს გაცნობიერებული გადაწყვეტილების მიღების უნარი არ გააჩნია და სამედიცინო ჩარევაზე აუცილებელია მისმა მშობელმა ან კანონიერმა წარმომადგენელმა განაცხადოს თანხმობა. აქაც პრობლემურია 14 დან 18 წლამდე პირთა თანხმობაუნარიანობის საკითხი. ქართული კანონმდებლობა აკეთებს დათქმებს, თუ რომელ შემთხვევებში შეიძლება არასრულწლოვანმა პაციენტმა სამედიცინო მომსახურების განწევაზე ინფორმირებული თანხმობა განაცხადოს დამოუკიდებლად. კანონი განსაზღვრულ ასაკობრივ ჯგუფებს ქმნის და მათ თანხმობაუნარიანობას განსხვავებული დოზით ანიჭებს. კერძოდ:

1. 14-დან 18 წლამდე ასაკის არასრულწლოვან პაციენტს, რომელიც, სამედიცინო მომსახურების გამწევის შეხედულებით, სწორად აფასებს საკუთარი ჯანმრთელობის მდგომარეობას, უფლება აქვს, რომ ინფორმირებული თანხმობა განაცხადოს სამედიცინო მომსახურების განწევაზე, თუ მან სამედიცინო მომსახურების გამწევს მიმართა ერთ ერთი შემდეგი მიზნით: ა) სქესობრივად გადამდები დაავადების მკურნალობის; ბ) ნარკომანიის მკურნალობის; გ) აივ ინფექცია/შიდსის დიაგნოსტიკის; დ) კონტრაცეფციის არაქირურგიული მეთოდების შესახებ კონსულტაციის მიღების ან ორსულობის ხელოვნურად შეწყვეტის მიზნით.

2. 16 წლამდე ასაკის არასრულწლოვან პაციენტს სამედიცინო მომსახურება გაეწევა მხოლოდ მშობლის ან კანონიერი წარმომადგენლის თანხმობით, გარდა იმ შემთხვევებისა, როდესაც მან ექიმს მიმართა ერთ-ერთი შემდეგი საფუძვლით: ა) სქესობრივად გადამდები დაავადების მკურნალობის; ბ) ნარკომანიის მკურნალობის; გ) აივ ინფექცია/შიდსის დიაგნოსტიკის; დ) კონტრაცეფციის არაქირურგიული მეთოდების შესახებ კონსულტაციის მიღების ან ორსულობის ხელოვნურად შეწყვეტის მიზნით. ამასთანავე, სამედიცინო მომსახურების განწევის შესახებ გადაწყვეტილების მიღებისას აუცილებელია პაციენტის მონაწილეობა მისი ასაკისა და გონებრივი განვითარების გათვალისწინებით.

3. 16 წელზე მეტი ასაკის არასრულწლოვან პაციენტს, რომელიც, სამედიცინო მომსახურების გამწევის შეხედულებით, სწორად აფ-

ასებს საკუთარი ჯანმრთელობის მდგომარეობას, უფლება აქვს, ინფორმირებული თანხმობა ან უარი განაცხადოს სამედიცინო მომსახურების განევაზე. პაციენტის ამ გადაწყვეტილების შესახებ ეცნობება მის ნათესავს ან კანონიერ წარმომადგენელს.²⁹

არასრულწლოვანთა მიერ გაცნობიერებული გადაწყვეტილების მიღების უნარის დადგენა ემსახურება იმას, რომ არ მოხდეს არასრულწლოვანი გაგებაუნარიანი პაციენტის ნების უგულებელყოფა და მისი ნების ავტონომიის, პირადი ცხოვრების, პატივისა და ღირსების შელახვა. სხვა შემთხვევაში მარტივი იქნებოდა კანონმდებელს დაედგინა, რომ პაციენტს 18 წლამდე არ აქვს გაცნობიერებული გადაწყვეტილების მიღების უნარი და იოლად გადაწყდებოდა პრობლემა. და პირიქით, იმიტომ არ არის არასრულწლოვანი სრულად თანხმობაუნარიანი, რომ დაცული იყოს ზიანისაგან, რომელიც მან შესაძლოა თავისი გადაწყვეტილებით საკუთარ თავს მიაყენოს. შეიძლება ითქვას, რომ კანონმდებელი ცდილობს არასრულწლოვანი დაიცვას როგორც გარეშე პირთაგან, რომ არ ჩაერიონ მის უფლებებში ზედმეტად, აგრეთვე საკუთარი ასაკობრივი ჩამოუყალიბებლობით გამოწვეული შესაძლო შეცდომებისაგან. გადაწყვეტილების მიღების უფლებას კი, როგორც წესი, მშობლებსა და კანონიერ წარმომადგენლებს მიანდობს იმ იმედით, რომ ისინი ბავშვის საუკეთესო ინტერესის შესაბამისად იმოქმედებენ. თუმცა მათი გადაწყვეტილებები ყოველთვის არ შეესაბამება თანხმობაუნარო არასრულწლოვნის ჯანმრთელობის ინტერესებს. სწორედ ამგვარი შემთხვევებისთვის ქართული კანონმდებლობა ადგენს:

1. თუ მცირეწლოვანი ან გაცნობიერებული გადაწყვეტილების მიღების უნარის არმქონე პაციენტის ნათესავის ან კანონიერი წარმომადგენლის გადაწყვეტილება ეწინააღმდეგება პაციენტის ჯანმრთელობის ინტერესებს, სამედიცინო მომსახურების გამწვევს უფლება აქვს, ეს გადაწყვეტილება სასამართლოში გაასაჩივროს.

უარყოფითად უნდა შეფასდეს ის ფაქტი, რომ ამ შემთხვევაში სასამართლოში გასაჩივრების უფლება სამედიცინო მომსახურების

²⁹ იხ. პაციენტის უფლებების შესახებ საქართველოს კანონი. მუხ. 41.

გამწვევის კეთილ ნებაზეა დამოკიდებული და არ არის მისი ვალდებულება. აგრეთვე უნდა აღინიშნოს, რომ უმჯობესი იქნებოდა აღნიშნულის თაობაზე ექიმს დაევალოს ინფორმაციის მიწოდება რომელიმე ორგანოსათვის (მაგ., მეურვეობისა და მზრუნველობის), რომელიც თავად აიღებს ბავშვის ინტერესების დაცვას საკუთარ თავზე. ექიმი უნდა იცავდეს პაციენტის ჯანმრთელობას სამედიცინო დანებსებულებაში და არა პაციენტის უფლებებს სასამართლოში. მოსალოდნელია, რომ მსგავს შემთხვევებში ექიმი არ გამოიყენებს გასაჩივრების უფლებას და ბავშვის ჯანმრთელობის ინტერესები დაირღვევა. როდესაც ასეთი მაღალი ინტერესის ხელყოფის საფრთხე არსებობს, სახელმწიფო არ უნდა მიენდოს მხოლოდ ექიმის კეთილ ნებას და მას შეეცობინების ვალდებულება უნდა დააკისროს.

2. თუ მცირეწლოვანი ან გაცნობიერებული გადანყვეტილების მიღების უნარის არმქონე პაციენტი საჭიროებს გადაუდებელი სამედიცინო მომსახურების განევას, რის გარეშეც გარდაუვალია მისი სიკვდილი ან ჯანმრთელობის მდგომარეობის მნიშვნელოვანი გაუარესება, მაგრამ პაციენტის ნათესავის ან კანონიერი წარმომადგენლის მოძებნა ვერ ხერხდება, სამედიცინო მომსახურების გამწვევი გადანყვეტილებას იღებს პაციენტის ჯანმრთელობის ინტერესების გათვალისწინებით.

3. თუ მცირეწლოვანი ან გაცნობიერებული გადანყვეტილების მიღების უნარის არმქონე პაციენტი საჭიროებს გადაუდებელი სამედიცინო მომსახურების განევას, რის გარეშეც გარდაუვალია მისი სიკვდილი, მაგრამ პაციენტის ნათესავი ან კანონიერი წარმომადგენელი სამედიცინო მომსახურების გამწვევის წინააღმდეგია, სამედიცინო მომსახურების გამწვევი გადანყვეტილებას იღებს პაციენტის ჯანმრთელობის ინტერესების გათვალისწინებით.³⁰

თანხმობაა უნარო არასრულწლოვანთა სხეულზე მთლიანობაში არაინდივიდუალური ჩარევის პრობლემატიკა.

განსაკუთრებით პრობლემატურია თანხმობა უუნარო არასრულწლოვნის მიმართ არაინდივიდუალური სამედიცინო ჩარევის

³⁰ იხ. პაციენტის უფლებების შესახებ საქართველოს კანონი. მუხ. 25.

გამართლება კანონიერი წარმომადგენლის თანხმობის საფუძველზე. მაგალითად, მშობლებმა 12 წლის ბავშვი არაინდივიდუალური ცხვირის ოპერაციის გასაკეთებლად მიიყვანეს. ექიმმა ბავშვთან გასაუბრების შედეგად დაასკვნა, რომ არასრულწლოვანი სამედიცინო ჩარევისა და შესაძლო გართულებების მნიშვნელობას ვერ იაზრებდა. საინტერესოა, რამდენად გამართლდება ექიმის მიერ ბავშვის სხეულებრივ მთლიანობაში ჩარევა მშობლების თანხმობის საფუძველზე. მშობლების თანხმობა ბავშვის საუკეთესო ინტერესებიდან უნდა გამომდინარეობდეს. ნარკოზით ჩასატარებელ ოპერაციას რისკი ახლავს თან, ამიტომაც ამგვარ ჩარევას განსაკუთრებული დასაბუთება ესაჭიროება. იმ შემთხვევაში, როდესაც ოპერაცია არაინდივიდუალურია, ანუ, ჯანმრთელობის მდგომარეობიდან გამომდინარე აუცილებლობას არ წარმოადგენს, სამედიცინო ჩარევა გამართლდება, თუ იგი ბავშვის განსაკუთრებით თვალშისაცემი სპეციფიკის შეცვლას და ნორმალური შეხედულების მიღებას ისახავს მიზნად. წინააღმდეგ შემთხვევაში, თუ მოცემული წინაპირობები არ არის სახეზე, ექიმის ქმედება მართლწინააღმდეგობას არ გამოიწვევს და იგი დაისჯება არასრულწლოვნის ჯანმრთელობის დაზიანებისათვის.

დღემდე აქტუალურია ჩვილებისა და მცირეწლოვანი ბიჭების წინადაცვეთის პრობლემა. აღნიშნული ჩარევა განპირობებული არ არის ბავშვის ჯანმრთელობის მდგომარეობის საჭიროებით, მაშასადამე წარმოადგენს არაინდივიდუალურ სამედიცინო ჩარევას. წინადაცვეთა ხორციელდება ძირითადად მშობლების რელიგიური თუ სხვა შეხედულებების შესაბამისად და მათივე თანხმობის საფუძველზე.

ბიჭების წინადაცვეთისას სხეულის დაზიანების შემადგენლობა სრულდება. მისი გამართლება მხოლოდ თანხმობის გაცემითაა შესაძლებელი. პრობლემას წარმოშობს იმ ბიჭების წინადაცვეთა, რომლებიც თანხმობაუნარიანნი არ არიან. როგორც წესი, თანხმობას გაცემს პირი, რომელსაც ბავშვზე მზრუნველობა ევალება, ძირითადად - მშობლები. მათი თანხმობის ნამდვილობა კი დიდი ხანია ეჭვქვეშაა დაყენებული.³¹ საჯარო-პოლიტიკურ სივრცეში განსაკუთრებული განსჯის საგანი გახდა კიოლნის მიწის სასამართლოს ე.წ. „წინადაცვეთის

³¹ Hingeldorf E., დასახ. ნაშრ., München, 2016, გვ. 16, ველის ნომ. 28.

განაჩენი.³² აღნიშნულ გადანწყვეტილებაში პრობლემური იყო მშობლის მიერ გაცემული თანხმობის ნამდვილობის საკითხი თანხმობაუუნარო ბავშვისათვის სამედიცინო საჭიროებების გარეშე ჩატარებულ წინადაცვეთაზე. მართლწინააღმდეგობის ეტაპზე კოლიზიაში მოდის, ერთი მხრივ, ბავშვის სხეულებრივი მთლიანობა და კერძო ავტონომია და მეორე მხრივ, მშობლის აღზრდის უფლება და რელიგიის თავისუფლება. კიოლნის მიწის სასამართლომ გადანწყვიტა, რომ რადგანაც ბავშვის წინადაცვეთა სხეულის მუდმივ და გამოუსწორებელ ცვლილებასთან არის დაკავშირებული, მშობლის მიერ გაცემული რელიგიურად მოტივირებული თანხმობა ბავშვის კეთილდღეობას არ ემსახურება. ამასთანავე, ბავშვის ინტერესის ხელყოფა ხდება იმ კუთხითაც, რომ მას ეზღუდება მომავალში თავისი რელიგიური კუთვნილების პირადად გადანწყვეტის თავისუფლება.³³ ცხადია, ბავშვს შეუძლია რელიგია შეიცვალოს, როდესაც წამოიზრდება და დამოუკიდებლად შეძლებს გადანწყვეტილების მიღებას, მაგრამ მას წინადაცვეთის შედეგად გარკვეული რელიგიური „დალი“ დარჩება, რაც რელიგიური იდენტობის აღქმაში შეუშლის ხელს. და თუნდაც ასე არ მოხდეს, აღნიშნული რისკის არსებობა უკვე იმდენად მნიშვნელოვანია, რომ მშობლის აღზრდის უფლებას ღირებულებათა შეპირისპირებისას ცალსახად აჭარებებს. კიოლნის მიწის სასამართლომ თანხმობაუუნარო ბავშვის რელიგიურად მოტივირებული წინადაცვეთა მშობლების მიერ გაცემული თანხმობით არ გაამართლა. ამის საპირისპიროდ, გერმანელმა კანონმდებელმა ცვლილება შეიტანა სამოქალაქო კოდექსში, კერძოდ მშობლისათვის მინიჭებული აღზრდის უფლება გაფართოვდა და მოიცვა გაგებაუუნარო და დასკვნის გამოტანის უნარის არმქონე ბიჭისათვის არაინდივიდუალური წინადაცვეთის ჩატარებაზე დათანხმების უფლება, იმ შემთხვევაში, თუ ეს სამედიცინო წესების სრული დაცვით განხორციელდება (§1631 „დ“ პუნქტი).³⁴

ბიჭების შემთხვევისაგან განსხვავებით, ისევე როგორც გერმანიაში, აგრეთვე საქართველოშიც, ქალის სასქესო ორგანოების

³² იხ. LG Köln, 07.05.2012 - 151 Ns 169/11.

³³ Hingeldorf E., დასახ. ნაშრ., München, 2016, გვ. 16, ველის ნომ. 29-30.

³⁴ იქვე, გვ. 16, ველის ნომ. 31.

დამახინჯება სისხლის სამართლის კოდექსით დასჯადია. აღნიშნული ქმედების დანაშაულებრივი ბუნების ასეთი ცალსახა აღიარება განპირობებულია იმით, რომ გოგონების წინადაცვეთას (მამაკაცთაგან განსხვავებით) რელიგიური მოტივები არ ახასიათებს, არამედ წარმოადგენს ჩვეულებას, რომელსაც არცერთი საწმენოება არ მიესალმება. აღნიშნულ ქმედებას საფუძვლად უდევს შემზარავი და დისკრიმინაციული მიზნები, კერძოდ, ქალის სასქესო ორგანოს დასახინჩრების გზით, მისი სექსუალური მოთხოვნილებისა და შეგრძნებების გაქრობა, რათა უზრუნველყოფილ იქნას მისი „პატიოსნება“, „ზნეობრიობა“, ქმრის ერთგულება და მორჩილება. გარდა ამისა, გოგონათა წინადაცვეთას მაღალი სასიკვდილო რისკი ახლავს თან.

შეჯამების სახით უნდა აღინიშნოს, რომ როდესაც დაზარალებულის თანხმობით სამართლებრივ სიკეთეთა განკარგვადობის ლეგიტიმურობას ვამოწმებთ, ვითვალისწინებთ შემდეგ პირობებს: 1) მოცემული სამართლებრივი სიკეთე ზოგადად დისპონირებადია (მაგ., განუკარგველია ადამიანის სიცოცხლე და საჯარო სიკეთეების ნაწილი); 2) განკარგვადი სამართლებრივი სიკეთის დაზიანებაზე იმ პირის თანხმობაა გაცემული, ვისი ძალაუფლების ქვეშაც ეს სიკეთე იმყოფება. ამ დროს, თანხმობის გამცემი არის დაცული ინტერესის ერთპიროვნული მფლობელი ანდა სპეციალურად უფლებამოსილი პირი (მაგ., პაციენტის მშობელი ან მეურვე).

სამართლებრივ სიკეთეთა დისპონირებასთან დაკავშირებით ყველაზე აქტუალური და პრობლემური არის ჯანმრთელობა. ყველაზე მეტ ბუნდოვანებას კანონმდებლობაში არასრულწლოვნის გაგებაუნარიანობის და თანხმობაუნარიანობის საკითხში ვაწყდებით. დისპონიბელობა პრობლემურია მაშინაც, როდესაც მცირეწლოვნის ან გაცნობიერებული გადანყვეტილების მიღების უნარის არმქონე პაციენტის ნათესავის ან კანონიერი წარმომადგენლის გადანყვეტილება პაციენტის ჯანმრთელობის ინტერესებს ეწინააღმდეგება. ასევე მწვავედ დგას პრაქტიკაში თანხმობაუნარო არასრულწოვანთა სხეულებრივ მთლიანობაში არაინდიცირებული სამედიცინო ჩარევის საკითხიც. ამიტომაც სასურველია ამ მიმართულებით მეტი მსჯელობა და კანონმდებლობის დახვეწა.

დავით მაისურაძე

თინათინ წერეთლის სახელობის სახელმწიფოსა და სამართლის ინსტიტუტის მეცნიერი თანამშრომელი

**სისხლისამართლებრივი პასუხისმგებლობის
საკითხი თვითმკვლელობაში
თანამონაწილეობისათვის***

შესავალი

თვითმკვლელობა საქართველოში სისხლისამართლებრივად დაუსჯელი ქმედებაა და ეს ასეც უნდა იყოს. სსკ 108-ე მუხლით გათვალისწინებული ქმედების შემადგენლობა არ მოიცავს სუიციდს. ამავ დროს, თვითმკვლელობა სამართლებრივად სრულიად უგულებელყოფილი ვერ იქნება ისეთ სახელმწიფოში, რომელიც თავის თავს სოციალურ სახელმწიფოდ განსაზღვრავს (საქართველოს კონსტიტუციის პრეამბულა და მე-5 მუხლი). სუიციდი სოციალურად ადეკვატური ქმედება არ არის: თვითმკვლელობათა გაზრდილი რაოდენობა, განსაკუთრებით კი არასრულწლოვნებში, ცალსახა ინდიკატორია სოციალური პრობლემებისა, რომლებიც სახელმწიფოს რეაგირებას საჭიროებს. სახელმწიფოს რეაგირების ერთ-ერთი მთავარი ინსტრუმენტი კი სწორედ სამართალია.

ამ ფონზე მნიშვნელოვანია, რომ ყურადღების მიღმა არ დარჩეს თვითმკვლელობის მთელი კომპლექსურობა: სუიციდის აქტი, ხშირად, არ გულისხმობს მხოლოდ ერთი პირის ქმედებას; თვითმკვლელს შეიძლება ვინმე აქეზებდეს, ეხმარებოდეს, მთელ ამ პროცესს ორგანიზებას უწევდეს ანდა მასზე ბატონობდეს. სწორედ ამას ითვალისწინებს კანონმდებელი, როცა სსკ-ის 110-ე და 115-ე მუხლებით მსხვერპლის თხოვნით მკვლელობასა და თვითმკვლელობამდე მიყვანას დანაშაულებრივ ქმედებად

* სტატია მეტწილად ეფუძნება პროფ. დოქ. ქეთევან მჭედლიშვილ-ჰედრისის ხელმძღვანელობით შესრულებულ დავით მაისურაძის სამაგისტრო ნაშრომს „სიცოცხლისა და ჯანმრთელობის თვითხელყოფა სისხლის სამართალში“, თსუ, 2017.

აცხადებს. თუმცა, ერთგვარად, ყურადღების მიღმა რჩება თვითმკვლელობის წამქეზებელი, ორგანიზატორი და დამხმარე.

როგორც თანამედროვე ქართული სასამართლო პრაქტიკა, ასევე სამართლის მეცნიერება მისდევს აზრს, რომ თვითმკვლელობისაკენ წაქეზება, დახმარება ან ორგანიზება დასჯადი ქმედებები არაა.¹ ამ მიდგომის არგუმენტაცია უცვლელადაა გადმოტანილი გერმანული ლიტერატურიდან.² კერძოდ, მოყვანილია ე.წ. **თანამონაწილეობის არგუმენტი**, რომლის თანახმადაც თვითმკვლელობაში წამქეზებლის დასჯა შეუძლებელია საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსის 23-ე მუხლში ჩამოყალიბებული **თანამონაწილეობის აქცესორული** ბუნების გამო: რადგან არ არსებობს „ამსრულებლის“ (თვითმკვლელის) დანაშაული, ვერც მისი თანამონაწილე დაისჯება.

მიუხედავად იმისა, რომ თანამონაწილეობის არგუმენტი გაბატონებული პოზიციია, გერმანულენოვან ლიტერატურაში მას არაერთი ავტორი სამართლიანადაც აკრიტიკებს.³ კერძოდ, თანამონაწილეობის არგუმენტის სისუსტე ისაა, რომ იგი ზედმეტად ტექნიკური ხასიათისაა. იგი პასუხს სცემს კითხვას, თუ რატომაა ფორმალურად, ტექნიკურად შეუძლებელი სისხლის სამართლის მოქმედი კანონის ფარგლებში თანამონაწილის დასჯა, მაგრამ გვერდს უვლის დაუსჯელობის მატერიალურ დასაბუთებას — სასჯელის მიზანშეწონილობას.⁴ გასათვალისწინებელია, რომ ყოველ სისხლისსამართლებრივ ქმედებას კონსტიტუციურსამართლებრივი განზომილებაც გააჩნია, რამდენადაც თითოეული სისხლისსამართ-

¹ ჯიშკარიანი, ბ., 2016. სისხლის სამართლის კერძო ნაწილი, დანაშაული ადამიანის წინააღმდეგ, ველი 22; ტურავა, მ., 2011. სისხლის სამართალი, დანაშაულის მოძღვრება, ველის ნომ. 458.

² Fischer, T., 2015. Beck'sche Kurz-Kommentare, StGB, 62. Auflage, Vor §§ 211-216, Rn. 19a; Murmann, U., 2005. Die Selbstverantwortung des Opfers in Strafrecht, S. 319.

³ Murmann, U., 2005. Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht, S. 325 ff; Frisch, W., Selbstgefährdung im Strafrecht - Grundlinien einer opferorientierten Lehre vom tatbestandsmäßigen Verhalten, NStZ 1992, S. 6.

⁴ Matthes-Wegfraß, I., 2013. Der Konflikt zwischen Eigenverantwortung und Mitverantwortung im Strafrecht, S. 57.

თლებრივი ქმედება წარმოადგენს სწორედ კონსტიტუციით აღიარებული უფლების (ამ შემთხვევაში სიცოცხლის) დაცვის სფეროში ჩარევას და სწორედ ამ ჩარევის უმართლობის მატერიალურად დასაბუთების საფუძველზე ხდება ქმედების კრიმინალიზაცია სისხლის სამართლის კოდექსით. კონსტიტუციურ დონეზე კი ქმედების ამსრულებელი და თანამონაწილე არაა ერთმანეთისაგან გამიჯნული და მათი ქმედების უმართლობა და ბრალი ერთმანეთისაგან სრულიად დამოუკიდებლად, თითოეულის მიერ განხორციელებული ქმედების მატერიალური შეფასების საფუძველზე უნდა დადგინდეს. თუკი თვითმკვლელობაში თანამონაწილეთა ქმედებები კონსტიტუციურ დონეზე ადამიანის ძირითად უფლებებში გაუმართლებელ ჩარევად შეფასდება და მათთვის სასჯელის დაწესების მიზანშეწონილობაც დადგინდება, მაშინ სისხლის სამართლის კანონით დადგენილი თანამონაწილეთა აქცესორობის პრინციპი, ამ კონკრეტულ შემთხვევაში, კონსტიტუციური მართლწესრიგის განხორციელების დამაბრკოლებელ ტექნიკური ხასიათის ხარვეზად მოგვევლინება.

აქედან გამომდინარე, პასუხი უნდა გაეცეს კითხვას, თუ რატომ არ უნდა ისჯებოდეს თვითმკვლელობაში თანამონაწილე და, საჭიროების შემთხვევაში, შესაძლოა დადგეს კანონმდებლობაში ისეთი ცვლილებებს შეტანის აუცილებლობა, რომლებიც სასჯელის ღირსი ქმედებების დასჯის საშუალებას მოგვცემს. მომდევნო თავებში სწორედ ეს საკითხი იქნება განხილული.

ნაძეუბა თვითმკვლელობისაკენ

თვითმკვლელობისაკენ ნაქეზება, მიუხედავად იმისა, ჩაითვლება თუ არა დანაშაულად, დასავლურ საზოგადოებაში ზოგადად მიიჩნევა და უნდა მიიჩნეოდეს გასაკიცხ ქმედებად. სსკ-ის 24-ე მუხლის მე-2 ნაწილის თანახმად, წამქეზებელი ის პირია, ვინც ამსრულებელი დაიყოლია განზრახი ქმედების ჩასადენად. გაბატონებული შეხედულების თანახმად, დაყოლიებაში იგულისხმება პირის ნებაზე გავლენის მოხდენა, მისი ნების „მოდრეკა“ გონებრივი კონ-

ტაქტის საშუალებით (კომუნიკაციის თეორია)⁵ და საკმარისი არაა რჩევის მიცემა ანდა უბრალოდ მიზეზობრივი კავშირი ამსრულებლის მიერ ჩადენილ ქმედებასთან.⁶ ამსრულებელს, რომელსაც გადწყვეტილი არ აქვს ქმედების ჩადენა, სწორედ წამქეზებლის მიერ დაყოლიების შედეგად უნდა გაუჩნდეს საბოლოო განზრახვა.⁷ თუკი ამ გაბატონებულ დეფინიციას თვითმკვლელობის შემთხვევებს მოვარგებთ, ნაქეზება საკმაოდ ამორალურ ქმედებად წარმოჩინდება: თვითმკვლელობისაკენ წამქეზებელი უბრალო რჩევით კი არ შემოიფარგლება, არამედ აქტიურად არწმუნებს და იყოლიებს პირს, რომელსაც მანამდე თვითმკვლელობის სურვილი ჯერ კიდევ არ ჰქონია. თვითმკვლელობაში დახმარებისაგან განსხვავებით, წამქეზებლის ქმედებაში რთულია კეთილშობილური მიზნის დანახვა; მორალური თვალსაზრისით, ვერანაირი მიზანი ვერ გაამართლებს იმ პირის გადარწმუნებას, რომელსაც თავად ჯერ კიდევ აქვს სიცოცხლის სურვილი.

თვითმკვლელობისაკენ ნაქეზების ამორალური ხასიათის გამო, ეს ქმედება უმრავლეს ქვეყნებში კრიმინალიზებულია. საკმარისია, მაგალითად, ევროპის ლიბერალური ქვეყნების მოყვანაც: ავსტრიის სისხლის სამართლის კოდექსის 78-ე პარაგრაფი თვითმკვლელობისაკენ ნაქეზებას (აგრეთვე დახმარებას) ყოველგვარი გამონაკლისის გარეშე დასჯად ქმედებად აცხადებს. მსგავსი მონესრიგებაა აგრეთვე იტალიის, ფინეთის, პოლინეთის კანონმდებლობაში.⁸ თვითმკვლელობის ხელშეწყობისათვის (რაც მოიცავს ნაქეზებასაც) საკმაოდ მაღალი სასჯელია დაწესებული აგრეთვე გაერთიანებული სამეფოს პარლამენტის 1961 წლის ე.წ. თვითმკვლელობის აქტით.⁹

⁵ Wessels, J., Beulke, W., Satzger, H., 2014. Strafrecht AT, 44. Aufl., Rn. 568; მჭედლიშვილი-ჭედრიანი, ქ. 2011. სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილი, წიგნი მეორე, დანაშაულის გამოვლინების ცალკეული ფორმები, ველის ნომ. 422-424.

⁶ განსხვავებული მოსაზრება, შედეგის გამონვევის თეორია: Kindhäuser, U., Strafrecht AT, 6. Aufl., § 41, Rn. 10.

⁷ Wessels, J., Beulke, W., Satzger, H., 2014. Strafrecht AT, 44. Aufl., Rn. 569.

⁸ Herzberg, R.D., Strafbare Tötung oder straflose Mitwirkung am Suizid, ZIS 7/2016, S. 441.

⁹ იხ. 1961 წლის თვითმკვლელობის აქტი გაერთიანებული სამეფოს კანონმდებლობის ოფიციალურ საიტზე: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Eliz2/9-10/60>

აღსანიშნავია, რომ თვითმკვლელობისა და ევთანაზიის მიმართ ყველაზე ლიბერალური დამოკიდებულების მქონე ქვეყნად მიჩნეული შვეიცარიაც კი საჭიროდ მიიჩნევს ნამქეზების დასჯას მაშინ, როდესაც მისი ქმედება ეგოისტურ ქვენაგრძნობებს¹⁰ ეფუძნება (შვეიცარიის სსკ-ის 115-ე მუხლი). საინტერესოა აგრეთვე, რომ ნიდერლანდებსა და ბელგიაშიც, სადაც გარკვეული წინაპირობების დაცვით ექიმის მიერ განხორციელებული პასიური და აქტიური ევთანაზია დაშვებულია, მესამე პირის მიერ თვითმკვლელობისაკენ ნაქეზება მაინც დასჯად ქმედებად მიიჩნევა.¹¹ მსგავსი დამოკიდებულებაა ამერიკის შეერთებულ შტატებშიც, სადაც 39 შტატი თვითმკვლელობის ნაქეზებისა და დახმარებისათვის სასჯელს კანონით ითვალისწინებს.¹²

თვითმკვლელობისაკენ ნაქეზების ამორალური ხასიათისა და მის მიმართ მსოფლიოს ყველაზე ლიბერალური ქვეყნების ასეთი დამოკიდებულების ფონზე კიდევ უფრო არადადამაჯერებელი ჩანს გერმანელი ავტორების მიერ ჩამოყალიბებული და საქართველოშიც გაზიარებული თანამონაწილეობის არგუმენტი, რომელიც მხოლოდ შესაბამისი საკანონმდებლო ტექნიკის არარსებობის გამო გამორიცხავს ნაქეზების დასჯადობას. აღსანიშნავია, რომ გერმანელ მკვლევართა ნაწილი ცდილობს ამ პრობლემის მოგვარებას მოქმედი კანონმდებლობის ფარგლებში. მაგალითად, რამდენიმე ავტორი თვითმკვლელობას მკვლელობის შემადგენლობის (გერმანიის სისხლის სამართლის კოდექსის 212-ე მუხლი) მართლსაწინააღმდეგო, მაგრამ არაბრალეულ განხორციელებად განიხილავს,¹³ რაც გერმანიაში მოქმედი შეზღუდული აქცესორობის თეორიის¹⁴ გამო

[ბოლო გამოხმობა: 08.11.2017].

¹⁰ გერმ.: aus selbstsüchtigen Beweggründen.

¹¹ Stocker, U., 2015. Sterbehilfe – Assistierter Suizid, Rechtliche, politische und moralisch-ethische Aspekte, inkl. Checkliste für Sterbehilfe-agTs, S. 7-8.

¹² Stocker, U., 2015. Sterbehilfe – Assistierter Suizid, Rechtliche, politische und moralisch-ethische Aspekte, inkl. Checkliste für Sterbehilfe-agTs, S. 14.

¹³ Schmidhäuser, E., Welzel-Festschrift, S. 813 ff; Klinkenberg, JR 1978, S. 443 f.

¹⁴ Wessels, J., Beulke, W., Satzger, H., 2014. Strafrecht AT, 44. Aufl., Rn. 553; იხ. ასევე: მჭედლიშვილი-ჰედრიხი, ქ., 2011. სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილი, წიგნი

თანამონაწილეთა დასჯას შესაძლებელს ხდის. საქართველოში მოქმედი ლოგიკური აქცესორობის გამო, წამქეზებლის დასასჯელად მხოლოდ თვითმკვლევლობის ქმედების შემადგენლობისა და მართლწინააღმდეგობის აღიარება საკმარისი არაა. საინტერესოა ასევე პეტერ ბრინგევატის მოსაზრება, რომელიც მართალია გამორიცხავს მოქმედი პოზიტიური სამართლის ნორმებით თვითმკვლევლობის ქმედების შემადგენლობას, მაგრამ მას ჩვეულებითი სამართლის საფუძველზე აღიარებულ „განსაკუთრებულ დელიქტად“ მიიჩნევს და წამქეზებასა და დახმარებაზე ანალოგიის წესით ავრცელებს თანამონაწილეობის დასჯის ზოგად სისხლისსამართლებრივ ნორმებს.¹⁵ ბრინგევატის მოსაზრებამ სისხლის სამართლის კანონიერების პრინციპის დარღვევის გამო გერმანულ მეცნიერებაში აღიარება ვერ მოიპოვა.¹⁶

მართალია გერმანიას არასდროს გადაუხვევია თანამონაწილეობის არგუმენტისაგან, მაგრამ იგრძნობა გარკვეული ტენდენციები თვითმკვლევლობაში თანამონაწილეობის მიმართ სამართლებრივი მიდგომის გამკაცრებისა. მაგალითად, პირადი პასუხისმგებლობით განხორციელებულ თვითმკვლევლობაში დაუსჯელ თანამონაწილეობასა და „არათავისუფალ“¹⁷ თვითმკვლევლობაში დასჯად შუალობით ამსრულებლობას შორის გასული საუკუნის 80-იან წლებამდე ზღვარს ავლებდნენ ბრალის გამომრიცხველი გარემოებების ანალოგიური გამოყენების გზით: თვითმკვლელის ქმედება საკუთარი პასუხისმგებლობით ჩადენილად არ ჩაითვლებოდა, თუკი იმავე ვითარებაში სხვისი სიცოცხლის ხელყოფისას მას ბრალი გამოერიცხებოდა.¹⁸ დღეს გაბატონებული მოძღვრებით, თვითმკვლევლობისას მსხვერპლის პირადი პასუხისმგებლობის დადგენა დაზარალებულის

მეორე, დანაშაულის გამოვლინების ცალკეული ფორმები, ველის ნომ. 392-395.

¹⁵ Bringewat, P., 1975. ZStW 87, S. 643 ff.

¹⁶ იხ. მაგ.: Schilling, G., Abschied vom Teilnahmeargument bei der Mitwirkung zur Selbsttötung, JZ 1979, S. 160.

¹⁷ არათავისუფალ თვითმკვლევობად მოიხსენიებენ გერმანულ ლიტერატურაში შემთხვევებს, როცა თვითმკვლელის ქმედებას მისი თავისუფალი ნება არ უდევს საფუძველად.

¹⁸ Krey, V., 2008. Deutsches Strafrecht AT, Band 2, 3. Aufl., Rn. 132ff.

თანხმობისათვის განსაზღვრული კრიტერიუმებით — ე.ი. მსხვერპლის ნამდვილი და თავისუფალი ნების გამორკვევის საფუძველზე უნდა მოხდეს.¹⁹ ამ მოძღვრებამ საკმაოდ გააფართოვა დასჯადობის ფარგლები: მაგალითად, თუკი პირი გულუბრყვილო მსხვერპლს განზრახ შეაცდენს ქმედების ფაქტობრივ მხარეში და მისი ნების სანინაალმდეგოდ თავს მოაკვლევინებს, ძველი თეორიის მიხედვით, იგი ნამქეზებლად ჩაითვლებოდა და პასუხს არ აგებდა, მაშინ, როცა დღეს გაბატონებული მოძღვრებით იგი მკვლელობის შუალობით ამსრულებლადაა მიჩნეული.²⁰ საინტერესოა, რომ თუკი გულუბრყვილო ბრალუნარიან ამსრულებელს ნამქეზებელი მესამე პირის მოსაკლავად დაიყოლიებს, სახეზე, როგორც წესი, ნამქეზებლობა და პასუხისმგებლობის ძირითადი ტვირთი უშუალო ამსრულებელს აწევბა; თვითმკვლელობაზე დაყოლიების შემთხვევაში კი, თვითმკვლელის ბრალუნარიანობის მიუხედავად, ცენტრალურ ფიგურად სწორედ დამყოლიებელია აღიარებული. იგივე შეიძლება ითქვას ბრალუნარიანი არასრულწლოვნების (14 წელს ზემოთ) მიმართ: არასრულწლოვნის დაყოლიება მკვლელობის ჩასადენად ნაქეზებაა, ხოლო თვითმკვლელობაზე დაყოლიება — შუალობითი ამსრულებლობა. პასუხისმგებლობის ზოგადი პრინციპებიდან ასეთ გადახვევებს გერმანულ ლიტერატურაში ხსნიან თვითმკვლელობის განსაკუთრებული ხასიათით,²¹ რაც ფაქტობრივად იმის არაპირდაპირი აღიარებაა, რომ სხვა სახის დელიქტებზე მორგებული აქცესორობის პრინციპის უპირობოდ გავრცელება თვითმკვლელობის ნაქეზებაზე მთლად სწორი არ უნდა იყოს.

გერმანელ მკვლევართა ნაწილი კიდევ უფრო შორს მიდის და შუალობითი ამსრულებლობით ჩადენილ მკვლელობად მიიჩნევს აგრეთვე პირის განზრახ შეცდენას თვითმკვლელობის მოტივში; მაგალითად როცა პირი თავს მოიკლავს მას შემდეგ, რაც მოატყუებენ, რომ უკუწინებელი სენი სჭირს ანდა მთელი ოჯახი

¹⁹ Krey, V., 2008. Deutsches Strafrecht AT, Band 2, 3. Aufl., Rn. 137ff.

²⁰ Krey, V., 2008. Deutsches Strafrecht AT, Band 2, 3. Aufl., Rn. 140f.

²¹ ამის შესახებ იხ.: Schilling, G., Abschied vom Teilnahmeargument bei der Mitwirkung zur Selbsttötung, JZ 1979, S. 160.

ავტოავარიაში დაელუპა.²² აღსანიშნავია, რომ სხვა ნებისმიერი დანაშაულის შემთხვევაში, ქმედების მოტივში პირის შეცდომაში შეყვანაც აგრეთვე ნაქეზებად უნდა მივიჩნიოთ; მაგალითად, თუკი ცოლი ქმარს მოატყუებს, რომ მას შეურაცხყოფა მიაყენეს და ქმარი ცოლის მიერ მითითებულ პირს ფიზიკურად გაუსწორდება, ცოლის ქმედება უდავოდ ნაქეზებად უნდა დაკვალიფიცირდეს.²³ თვითმკვლელობის მიმართ ავტორთა განსხვავებული დამოკიდებულება კიდევ ერთხელ მიუთითებს მოქმედი კანონმდებლობის გაუმართაობაზე: ქმედებები, რომლებიც ავტორთა შინაგანი რწმენით დასჯადი უნდა იყოს, აქცესორობის პრინციპის გამო პასუხისმგებლობის მიღმა რჩება. ამიტომ ისინი გამონაკლისების დაშვების გზით ცდილობენ, ნაქეზების შემადგენლობა დასჯად ამსრულებლობად გამოაცხადონ.

ამდენად, აქცესორობის პრინციპი თვითმკვლელობისაკენ ნაქეზების შემთხვევაში ხელს უშლის დასჯის ღირსი ქმედებების დასჯას. ამ პრობლემისაგან თავის დაღწევა მხოლოდ საკანონმდებლო ტექნიკის საკითხია და შესაძლებელია გაბატონებული დოგმატიკის შერყევის გარეშეც, როგორც ეს არაერთი ევროპული ქვეყნის სისხლის სამართლის კოდექსშია მონესრიგებული. კერძოდ, საჭიროა თვითმკვლელობის ჩადენაზე დაყოლიების კრიმინალიზაცია სსკ-ში ცალკე, დამოუკიდებელი შემადგენლობის შემოღების გზით.

აღსანიშნავია, რომ ნაქეზების, როგორც დამოუკიდებელი შემადგენლობის მაგალითი სისხლის სამართლის კოდექსში აქამდეც არსებობდა სსკ-ის 272-ე მუხლის სახით, რომელიც ითვალისწინებს სასჯელს ნარკოტიკული საშუალების მოხმარებაზე დაყოლიებისათვის. მართალია, სსკ-ის 273-ე მუხლი ნარკოტიკული საშუალების მოხმარებისთვისაც ითვალისწინებს სასჯელს, მაგრამ ბოლო დროის ტენდენციის გათვალისწინებით, მოსალოდნელია, მოხმარების სრული დეკრიმინალიზაცია, რის შედეგადაც გვექნება უჩვეულო ვითარება: დასჯადი იქნება ნაქეზება იმ ქმედებისა,

²² მჭედლიშვილი-ჰედრიხი, ქ. 2011. სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილი, წიგნი მეორე, დანაშაულის გამოვლინების ცალკეული ფორმები, ველის ნომ. 352.

²³ მჭედლიშვილი-ჰედრიხი, ქ. 2011. სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილი, წიგნი მეორე, დანაშაულის გამოვლინების ცალკეული ფორმები, ველის ნომ. 355.

რაც თავად დასჯადი არაა. ხაზგასასმელია ის ფაქტიც, რომ სსკ-ის 272-ე მუხლში ნარკოტიკული საშუალების მოხმარებაზე დაყოლიებისათვის უფრო დიდი სასჯელია დანესებული, ვიდრე თავად მოხმარებისათვის სსკ-ის 273-ე მუხლში. აქედან ჩანს კანონმდებლის მიზანი: მას ნარკოტიკული საშუალების მოხმარების წაქეზება, სრულიად სამართლიანად, უფრო მძიმე უმართლობად მიაჩნია, ვიდრე თავად მოხმარება; ამიტომ მას არ სურს, წაქეზება აქცესორულად იყოს დამოკიდებული მოხმარებაზე და სპეციალურ შემადგენლობას ანესებს სსკ-ის 272-ე მუხლის სახით.

სამართლებრივი ტექნიკის თვალსაზრისით ანალოგიური მიდგომა იქნებოდა გამართლებული თვითმკვლელობის წაქეზების შემთხვევაშიც. თავად თვითმკვლელობაზე დაყოლიების ფაქტი — ე.ი. სიცოცხლის მოსურნე პირის გადარწმუნება — იმდენად უღირს ქმედებას წარმოადგენს, რომ მისი დასჯა არ უნდა იყოს დამოკიდებული თვითმკვლელის ქმედების წარმატებაზე და დაყოლიების მცდელობაც ზოგადი წესების მიხედვით უნდა ისჯებოდეს.

თვითმკვლელობის ორგანიზება

დანაშაულის ორგანიზება, ქართული სამართლის მიხედვით, დანაშაულის თანამონაწილეობის ყველაზე მძიმე და მაღალი სოციალური საშიშროების შემცველი ფორმაა. უკვე აქედან გამომდინარეც, თუკი თვითმკვლობისაკენ წაქეზება დასჯადი იქნება, მით უფრო დასჯადი უნდა იყოს ორგანიზება. სსკ-ის 24-ე მუხლის პირველი ნაწილის თანახმად, ორგანიზატორი ისაა, ვინც მოაწყობს დანაშაულის ჩადენას ხელმძღვანელობდა მის განხორციელებას, აგრეთვე ის, ვინც შექმნა ორგანიზებული ჯგუფი ან ხელმძღვანელობდა მას. ამ დეფინიციიდან გამომდინარე აშკარაა, რომ თვითმკვლელობის ორგანიზების შემთხვევაში ორგანიზატორს განსაკუთრებით დიდი ინტერესი უნდა ამოძრავებდეს პირის სიცოცხლის მოსპობის მიმართ. სწორედ აქედან გამომდინარეობს თვითმკვლელობის ორგანიზატორის დასჯის

ცილებლობა.^{24 25 26}

ცალკე აღნიშვნის ღირსია ევროპაში ბოლო პერიოდში გახშირებული თვითმკვლელობის კომერციალიზაციის შემთხვევები. მაგალითად, შვეიცარიაში შექმნილია სპეციალური ორგანიზაციები Dignitas და Exit, რომლებიც კომერციული და ორგანიზებული ფორმით მომსახურებას უწევენ თვითმკვლელობის მსურველებს: კერძოდ, უზრუნველყოფენ მათ თვითმკვლელობისათვის საჭირო პირობებითა და საშუალებებით, ეხმარებიან სიცოცხლის უმტკივნეულოდ დასრულებაში.²⁷ ამავე დროს, ამ კომპანიების მომსახურების პირობა ისაა, რომ სიცოცხლის დამასრულებელი აქტი თავად პაციენტმა უნდა განახორციელოს; სხვა შემთხვევაში, სახეზე იქნება მკვლელობა მსხვერპლის თხოვნით, რაც შვეიცარიაში აგრეთვე დასჯადია.²⁸ მას შემდეგ, რაც მსგავსი ორგანიზაცია გერმანიაშიც დაარსდა (კავშირი Sterbehilfe Deutschland), თვითმკვლელობის ხელშეწყობის ასეთმა ორგანიზებულმა ფორმამ გერმანელი მეცნიერებისა და პოლიტიკოსების სამართლიანი კრიტიკა დაიმსახურა. კერძოდ, მიუთითებდნენ, რომ ეს ტენდენცია ხელს შეუწყობდა „თვითმკვლელობის კულტურის“ გაჩენას, სადაც საზოგადოება ხანშიშესული და ავადმყოფი ადამიანებისაგან მოელის და ითხოვს სუიციდს, სუიციდი კი მხოლოდ და მხოლოდ საქმიან გარიგებადღაა გადაქცეული. საზოგადოების

²⁴ ტურავა, მ., 2013. სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილის მიმოხილვა, მეცხრე გამოცემა, გვ. 331.

²⁵ მჭედლიშვილი-ჰედრიხი, ქ. 2011. სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილი, წიგნი მეორე, დანაშაულის გამოვლინების ცალკეული ფორმები, ველი 283, 295; მაგალითად, იხილეთ ე.წ. „კატების მეფის საქმე“, BGHSt 35, 347, სადაც დანაშაულის განხორციელების ხელმძღვანელმა პირებმა ამსრულებლის ბრალუნარიანობის მიუხედავად შუალობითი ამსრულებლობისათვის აგეს პასუხი. გერმანიის ფედერალურმა სასამართლომ ამ საქმეში პირველად გამოიყენა სამართლებრივი ფიგურა „ამსრულებელი ამსრულებლის უკან.“

²⁶ იხ. მაგ. BGHSt 32, 38, „სირიუსის შემთხვევა“, სადაც თვითმკვლელობის ორგანიზატორმა პასუხი აგო შუალობითი ამსრულებლობისათვის მსხვერპლის ბრალუნარიანობის მიუხედავად.

²⁷ Schliemann, H., *Strafbarkeit der Förderung der Selbsttötung*, ZRP 2013, S. 51.

²⁸ Stocker, U., 2015. *Sterbehilfe – Assistierter Suizid, Rechtliche, politische und moralisch-ethische Aspekte, inkl. Checkliste für Sterbehilfe-agTs*, S. 6f.

ასეთი „მოთხოვნა“ თვითმკვლელობის სურვილს აღუძრავდა ან/და გაუძლიერებდა ხანშიშესულ და ავადმყოფ ადამიანებს, რომელთაც არ სურთ ტვირთად დაანგნენ თავიანთ ოჯახებს.²⁹ საზოგადოებაში ასეთი არაჯანსაღი „კულტურის“ ჩამოყალიბების თავიდან ასაცილებლად გერმანელმა კანონმდებელმა გერმანიის სსკ-ში 2015 წელს ახალი 217-ე პარაგრაფი შემოიღო, რომელიც თვითმკვლელობის საქმიან ხელშეწყობას (*geschäftsmäßige Förderung*) დანაშაულად აცხადებდა; საქმიან ხელშეწყობად მიჩნეული იყო ერთი და იმავე ქმედების თუნდაც არაკომერციული, მაგრამ გეგმიური და რეგულარული განხორციელება ანდა მომსახურების შეთავაზება და ხელმძღვანელობა. ამასთან, გსსკ-ის 217-ე პარაგრაფი ჩამოყალიბებული იყო საფრთხის შემქმნელი დელიქტის ფორმით და კვალიფიკაციისათვის აუცილებელი არ იყო თვითმკვლელობის შედეგის დადგომა.³⁰ 2020 წელს ეს პარაგრაფი გერმანიის ფედერალურმა საკონსტიტუციო სასამართლომ არაკონსტიტუციურად მიიჩნია და ბათილად ცნო ზოგადი პიროვნულობის უფლებასთან წინააღმდეგობის გამო.³¹ თუმცა სასამართლომ ასევე მიუთითა, რომ თვითმკვლელობის კომერციული ხელშეწყობა მკაცრად შეზღუდული უნდა იყოს და დაექვემდებაროს გარკვეულ რეგულაციებს: კერძოდ, ასეთი საქმიანობა მხოლოდ საგანგებო ნებართვით დაიშვება; აუცილებელია, დაწესდეს თვითმკვლელობის მსურველისათვის განმარტების მიცემისა და დალოდების ვალდებულებები, ასევე სხვა პროცედურული წესები და აკრძალვები, მათ შორის, სისხლისსამართლებრივი ხასიათისა.³²

აღსანიშნავია, რომ 217-ე პარაგრაფის გარეშე, თვითმკვლელობის ორგანიზების შემთხვევათა დიდი ნაწილი გერმანიაში ისედაც დასჯადია. კერძოდ, გერმანულ სამართალში საერთოდ არ არსებობს ორგანიზატორის სამართლებრივი ფიგურა. ამიტომ ორგა-

²⁹ Gaede, K., Die Strafbarkeit der geschäftsmäßigen Förderung des Suizids – § 217 StGB, JuS 2016, S. 386; Schliemann, Strafbarkeit der Förderung der Selbsttötung, ZRP 2013, S. 53.

³⁰ Gaede, K., Die Strafbarkeit der geschäftsmäßigen Förderung des Suizids – § 217 StGB, JuS 2016, S. 389.

³¹ BVerfG, 26.02.2020 - 2 BvR 2347/15.

³² იქვე.

ნიზატორის ქმედება ძალიან ხშირად შუალობით ამსრულებლობად განიხილება და, შესაბამისად, მისი დასჯადობის გადანიშნულებისას მნიშვნელობა არ ენიჭება იმ ფაქტს, ბრალეულია თუ არა „წინა კაცის“ ქმედება. ასე რომ, თვითმკვლელობის ორგანიზატორობის შემთხვევების დიდი ნაწილი გერმანული სამართლის უბრალოდ მკვლელობად იქნებოდა განხილული. საერთოდაც, დანაშაულში თანამონაწილეობის ეს ფორმა – დანაშაულის ორგანიზება – არა მარტო გერმანული, არამედ ბევრი ევროპული ქვეყნის სამართლის სისტემისათვის სრულიად უცნობია. ქართულ სამართლის მიხედვით, ორგანიზატორის ქმედება ხშირად გაცილებით უფრო მაღალი საშიშროების მატარებელია და იგი მეტადაც ისჯება, ვიდრე თავად ამსრულებელი. ამიტომ მიუთითებენ, რომ ფართო გაგებით თანამონაწილეთა შორის ორგანიზატორი რანგით ამსრულებლის წინაც კი დგას და პირველ ადგილს იკავებს. ამ ფონზე მართლაც უცნაური ჩანს აქცესორობის პრინციპის გავრცელება ორგანიზატორზე და მისი დასჯადობის დამოკიდებულება ამსრულებლის პასუხისმგებლობაზე. ამ სტატიის მიზანი ორგანიზატორის ინსტიტუტის კრიტიკა არაა, თუმცა ცალკეულ შემთხვევებში ქართული მიდგომა შესაძლოა პრობლემური იყოს და ღირდეს ორგანიზატორს ინსტიტუტის გატანა თანამონაწილეობის აქცესორობის პრინციპის ფარგლებს გარეთ.

თვითმკვლელობის ორგანიზების მაღალი სოციალური საფრთხიდან გამომდინარე, მისი კრიმინალიზაციაც ნაქეზების მსგავსად მიზანშეწონილია. აგრეთვე კრიმინალიზებული უნდა იყოს თვითმკვლელობის ორგანიზების ის სახე, რაც გსსკ-ის 217-ე პარაგრაფშია მოცემული: თვითმკვლელობის ორგანიზაციული და საქმიანი ხელშეწყობა. ამასთანავე, თვითმკვლელობის ორგანიზაციული და საქმიანი ხელშეწყობა უნდა განესხვაოთ პალიატიური მკურნალობისაგან, რომელიც პირიქით, სოციალურად მიღებულ და მორალური თვალსაზრისითაც სრულიად გამართლებულ ქმედებას წარმოადგენს. განსხვავება მდგომარეობს იმაში, რომ პალიატიური მკურნალობის დროს პაციენტის მხრიდან სახეზეა არა თვითმკვლელობა და თვითმკვლელობის მიზანი, არამედ სიცოცხ-

ლის უკანასკნელ დღეებში გარდაცვალების ბუნებრივი პროცესის ტანჯვის შემსუბუქება. პალიატიური მკურნალობის დაწესებულებებიც სწორედ ამის ორგანიზებას ახორციელებენ და არა პირის სიცოცხლის მოსპობის ორგანიზებას.

თვითმკვლელობაში დახმარება

ნამქვებლისაგან განსხვავებით, თვითმკვლელობაში დამხმარეს, შესაძლებელია, მორალური მიზანიც ამოძრავებდეს. მაგალითად, ეს შეიძლება იყოს პირის გათავისუფლება ფიზიკური თუ სულიერი ტანჯვისაგან. ამავე დროს, გამორიცხული არც ამორალური მიზნით მოქმედებაა.

ზოგადად, დახმარება ყველაზე მსუბუქ ფორმად მიიჩნევა დანაშაულში თანამონაწილეობის დანარჩენ ორ ფორმასთან შედარებით.³³ ამის გამო, თვითმკვლელობისაკენ ნაქვების განხილვისას გამოთქმული მოსაზრებები უპირობოდ ვერ გავრცელდება თვითმკვლელობაში დახმარებაზე. მაშინ, როცა ნამქვებელი აქტიური მოქმედებით მსხვერპლის აზრზე გავლენის მოხდენით, მისი დაყოლიებით და თავისი პირდაპირი განზრახვით მომხდარ მოვლენაში თითქმის ცენტრალურ მოქმედ პირად გვევლინება თვითმკვლელთან ერთად, დამხმარე მხოლოდ გვერდით ფიგურას წარმოადგენს. დამხმარე თვითმკვლელის მიერ უკვე მიღებული გადაწყვეტილების აღსრულებას უწყობს ხელს და მის ქმედებაში ხშირად სიბრალული ანდა თვითმკვლელის გადაწყვეტილების პატივისცემა უფრო იკვეთება, ვიდრე პირის სიცოცხლის მოსპობის ამორალური მიზანი. ამიტომ ზოგადად თვითმკვლელობაში დახმარების კრიმინალიზაცია გამართლებული ვერ იქნება; არაა გასაზიარებელი ავსტრიელი კანონმდებლობის მიდგომა, რომელიც სუიციდში დახმარებას გენერალურად სჯის;³⁴ დამხმარე

³³ ტურავა, მ., 2013. სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილის მიმოხილვა, მეცხრე გამოცემა, გვ. 332; Fischer, T., 2015. Beck'sche Kurz-Kommentare, StGB, 62. Auflage, § 27, Rn. 30.

³⁴ „ვინც სხვას დაიყოლებს ან დაეხმარება თავის მოკვლაში, უნდა დაისაჯოს თავისუფლების აღკვეთით ექვსი თვიდან ხუთ წლამდე“, ავსტრიის სისხლის სამართლის კოდექსის 78-ე პარაგრაფი.

უნდა დარჩეს სისხლის სამართლის წესით დაუსჯელი, მიუხედავად იმისა, გაიკიცხება თუ არა მისი ქმედება მორალური თვალსაზრისით.

თუმცა ამ ზოგადი წესიდან საჭიროა გამონაკლისების დაშვებაც განსაკუთრებულად მძიმე შემთხვევებში. ასეთ გამონაკლისს შეიძლება წარმოადგენდეს თვითმკვლელობაში დახმარება კომერციული შეთანხმების საფუძველზე ანდა ანგარებით. ორგანიზებული დანესებულების მიერ საფასურის სანაცვლოდ მომსახურების განწევის მსგავსად, ცალკეული პირის მიერ გამორჩენის მიზნით თვითმკვლელისათვის დახმარების განწევაც საკმაოდ ამორალურ და გასაკიცხ ქმედებად უნდა შეფასდეს.

სუიციდი ამ სტატიაში მართლსაწინააღმდეგო, მაგრამ არა კრიმინალიზებულ ქმედებადაა განხილული. თვითმკვლელობის მართლსაწინააღმდეგობასთან დაკავშირებით ქართულენოვან სამეცნიერო ლიტერატურაში ნაკლებადაა მსჯელობა. ავტორები უფრო მეტად განიხილავენ თვითმკვლელობისას მკვლელობის სისხლისსამართლებრივი შემადგენლობის (სსკ 108-ე მუხლი) დაფუძნების საკითხს,³⁵ ხოლო სუიციდის ზოგადსამართლებრივ ქრისტიანულ მართლსაწინააღმდეგობის საკითხი დაუმუშავებელი რჩება. არაპირდაპირ, მაგრამ მაინც თვითმკვლელობის მართლსაწინააღმდეგობაზე მიუთითებს ქართულ ლიტერატურაში გაბატონებული მოსაზრება, რომ კონსტიტუცია არ იძლევა თვითმკვლელობის უფლებას — ზოგადად, თუკი კონსტიტუციით რაიმე ქმედების უფლება არ არსებობს, ეს ქმედება კონსტიტუციურ მართლწესრიგს ეწინააღმდეგება.³⁶ პრობლემა უფრო ღრმად აქვს დამუშავებული გერმანულ დოქტრინასა და პრაქტიკას.

³⁵ იხ. მაგ. ტურავა, მ., 2011. სისხლის სამართალი, დანაშაულის მოძღვრება, ველი 458; თოდუა, ნ., ლეკვიშვილი, მ., 2016. სსკ-ის კომენტარი, კერძო ნაწილი, წიგნი I, თავი II, გვ. 39; თოდუა, ნ., 2016. სსკ-ის კომენტარი, კერძო ნაწილი, წიგნი I, თავი III, გვ. 104.

³⁶ თვითმკვლელობის უფლების არარსებობასთან დაკავშირებით იხ.: გოცირიძე, ე., 2013. საქართველოს კონსტიტუციის კომენტარი, მუხ. 15, გვ. 75, 101-102; კუბლაშვილი, კ., 2005. წიგნში: იზორია/კორკელია/კუბლაშვილი/ხუბუა, საქართველოს კონსტიტუციის კომენტარები, მუხ. 15, გვ. 48-49; Kunig, P., 2012. in Münch (Begr./Kunig (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Band 1, 6. Aufl., Art. 2, Rn. 50; Tröndle, H., Fischer, T., 2003. StGB und Nebengesetze, Beck'sche kurz Kommentare, 51. Aufl., Vor §§ 211 bis 216, Rn. 10.

გერმანიის უზენაესი სასამართლოს მოსაზრებით, მართალია თვითმკვლელობა სისხლისსამართლებრივ დონეზე არ აფუძნებს ქმედების შემადგენლობას, მაგრამ იგი ზოგადსამართლებრივ სისტემაში მართლსაწინააღმდეგო ქმედებაა.³⁷ გერმანიის სასამართლო პრაქტიკაში გაბატონებულ ამ შეხედულებას არაერთი მეცნიერიც მისდევს.³⁸ ეს მოსაზრებაა გაზიარებული ასევე წინამდებარე სტატიაშიც.³⁹ ამდენად, თვითმკვლელობაში ანგარებით დახმარება მართლსაწინააღმდეგო ქმედების გზით ფულის შოვნის საშუალება გამოდის, რაც სამართლის მიერ მოწონებული და ლეგალური არ უნდა იყოს. ამიტომ თვითმკვლელობისაკენ ნაქეზებისა და ორგანიზების მსგავსად, დახმარების ეს კონკრეტული სახეც სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობის ფარგლებში შეიძლება მოექცეს. აქვე აღსანიშნავია, რომ გაუმართლებელია, მაგალითად, შვეიცარიული მოდელი, რომლის მიხედვითაც თვითმკვლელობაში დახმარების ეგოისტური გამოვლინებები ისჯება.⁴⁰ მართალია, კომერციული, ანგარებითი მიზანი

³⁷ მაგალითად, იხილეთ გადანყვეტილებები: BGHSt 46, 279, 285; BGHSt, 6, 147, 153.

³⁸ იხ. მაგ. Schliemann, H., Strafbarkeit der Förderung der Selbsttötung, ZRP 2013, S. 51; Kuchenbauer, K., Recht auf Leben – Recht auf Selbsttötung? ZfL 4/2007, S. 111; Bauer, A., Zur ethischen Illegitimität der Mitwirkung am Suizid, ZfL 4/2012, S. 119.

³⁹ არაა გასაზიარებელი ქართულ ლიტერატურაში გამოთქმული პოზიცია (იხ. მაგ., ცქიტიშვილი, შენიშვნები უშანგი ბახტაძის დისერტაციაზე: „კრიმინალიზაციის პროცესის კრიმინოლოგიური ანალიზი“, შედარებითი სამართლის ქართულ-გერმანული ჟურნალი 8/2020, გვ. 58-69), რომ მართლსაწინააღმდეგო მხოლოდ კრიმინალიზებული ქმედება შეიძლება იყოს. მართლსაწინააღმდეგობა არაა სისხლისსამართლებრივი ცნება: თუ რაიმე ქმედება მართლსაწინააღმდეგოა სამართლის რომელიმე დარგში, იგი მართლსაწინააღმდეგოა სამართლის მთელ სისტემაში და პირიქით, ამიტომ ქმედების მართლსაწინააღმდეგობის საფუძველი ამ ქმედების აუცილებლად სისხლისსამართლებრივი შემადგენლობის დანესება ვერ იქნება. სისხლის სამართლის კოდექსით გათვალისწინებული მკვლელობის შემადგენლობის განხორციელება ისევეა მართლსაწინააღმდეგო სამართლის ყველა დარგში, როგორც, მაგალითად, ადმინისტრაციულ სამართალდარღვევათა კოდექსით გათვალისწინებული ნებისმიერი გადაცდომა ანდა სულაც ხელშეკრულების დარღვევა, რომლისთვისაც პოზიტიურ სამართალში (მაგ., სამოქალაქო კოდექსში) კონკრეტული მუხლი შეიძლება ვერც კი მოიძებნოს.

⁴⁰ „ვინც ეგოისტური მოტივით სხვას თვითმკვლელობაზე დაიყოლიებს ან მას ამასი დაეხმარება, თვითმკვლელობის განხორციელების ან მცდელობის შემთხვევაში,

თავისთავად ეგოისტურია, მაგრამ ეგოიზმი საკმაოდ ბუნდოვანი ცნებაა და სისხლის სამართალში მისი შემოტანა პრობლემებს შექმნის ინტერპრეტაციისას.

შეჯამება

შეჯამების სახით შეიძლება ითქვას, რომ თანამონაწილეთა აქცესორობის პრინციპის უპირობო გავრცელება თვითმკვლელობის შემთხვევებზე ხშირ შემთხვევაში უსამართლო შედეგებს იწვევს. ეს უპირველესად ეხება თვითმკვლელობაში თანამონაწილეობის ყველაზე მძიმე ფორმებს — ორგანიზებასა და წაქეზებას, რომლებიც სასჯელის ღირს ქმედებებად უნდა იქნას მიჩნეული. მათი დაუსჯელობის გამართლება თანამონაწილეობის არგუმენტით არასწორია, რადგან ეს არგუმენტი მხოლოდ ტექნიკური თვალსაზრისით ასაბუთებს სასჯელის დაწესების შეუძლებლობას და სრულიად უგულვებელყოფს ამ ქმედებათა მატერიალურ შეფასებას. სიცოცხლის სურვილის მქონე ადამიანის გადარწმუნება (წაქეზება) და მისი სიცოცხლის დამასრულებელი აქტის ხელმძღვანელობა (ორგანიზება), განსაკუთრებით კი ამ ქმედებათა კომერციული მიზნით განხორციელება, თავისთავადაა კონსტიტუციით აღიარებული სიცოცხლის უფლების იმ დონეზე შელახვა, რაც საკმარისი იქნებოდა დამოუკიდებელი სისხლისსამართლებრივი შემადგენლობის დასაფუძნებლად. ამდენად, არ იქნება ურიგო, თუ ქართულ კანონმდებლობაშიც, არაერთი დასავლური ქვეყნის მსგავსად, გაჩნდება თვითმკვლელობის ორგანიზებისა და წაქეზების კრიმინალიზაციის ცალკე შემადგენლობა, რაც ამ ქმედებათა აქცესორობის პრინციპის გვერდის ავლით დასჯის საშუალებას იძლევა. რაც შეეხება თვითმკვლელობაში დახმარებას, მისი ნაკლები სოციალური საფრთხიდან გამომდინარე, იგი გენერალურად დაუსჯელი უნდა დარჩეს; შესაძლებელია მხოლოდ განსაკუთრებულად მძიმე შემთხვევების კრიმინალიზაცია.

ხუთ წლამდე თავისუფლების აღკვეთით ან ჯარიმით დაისჯება“, შვეიცარიის სისხლის სამართლის კოდექსის 115-ე მუხლი.

ნინო მიქავა

თვითინკრიმინაციისგან დაცვის პრივილეგიის ფარგლები

აღმოსავლეთ ევროპის უნივერსიტეტის იურიდიულ და სოციალურ მეცნიერებათა ფაკულტეტის დოქტორანტი

თვითინკრიმინაციისგან დაცვის პრივილეგია დაცვის მხარის ერთ-ერთ ფუნდამენტურ უფლებას წარმოადგენს, რაც გულისხმობს შესაბამისი ბერკეტების გამოყენებით, პირის შესაძლებლობას არ ამხილოს საკუთარი თავი მის მიერ განხორციელებულ დანაშაულებრივ ქმედებაში. მიუხედავად პირის ამ ძირეული უფლებისა, სასამართლოს განჩინების ან შესაბამისი დადგენილების საფუძველზე, მას უხდება რიგ საგამოძიებო მოქმედებებში მონაწილეობის მიღება, რა დროსაც იგი მისდაუნებურად, ბრალდების მხარეს „ეხმარება“ შესაბამისი მტკიცებულებითი სტანდარტის შექმნაში. ამდენად, მნიშვნელოვანია მკაფიოდ განისაზღვროს შემთხვევები, თუ როდის წარმოადგენს პირის იძულება მონაწილეობა მიიღოს საგამოძიებო მოქმედებაში მისი უფლების დარღვევას და როდის კანონით დაშვებულ დანაწესს.

თვითინკრიმინაციისგან დაცვის პრივილეგიის არსი და პრობლემატიკა

თვითინკრიმინაციისგან დაცვის პრივილეგია განმტკიცებულია როგორც შიდასამართლებრივი, აგრეთვე საერთაშორისო აქტებით. ადამიანის უფლებათა საყოველთაო დეკლარაციის თანახმად,¹ ბრალდებულის მიმართ ერთის მხრივ მოქმედებს უდანაშაულობის პრეზუმფცია, ხოლო მეორეს მხრივ მას აქვს დაცვის უფლების განსახორციელებელი ყველა გარანტია. მთლიანად არსებული მუხლი 3 ძირეულ იდეას შეიცავს - ხაზს უსვამს უდანაშაულობის პრეზუმფ-

¹ Universal declaration of Human Rights, 1948, article 11-1.

ციას, დაცვის უფლებას და კანონის უკუძალის აკრძალვას.² მართალია დეკლარაცია სახელდებით არ მიუთითებს თვითინკრიმინაციისგან დაცვის პრივილეგიაზე, თუმცა ეს უკანასკნელი დაცვის უფლების მნიშვნელოვანი შემადგენელი ნაწილია.

ადამიანის უფლებათა და ძირითად თავისუფლებათა დაცვის კონვენციის თანახმად,³ უზრუნველყოფილია საქმის სამართლიანი განხილვის უფლება, რაც რამოდენიმე ასპექტს მოიცავს. ბრალდებულს აქვს დუმილისა და თვითინკრიმინაციისგან დაცვის უფლება. მიუხედავად იმისა, რომ აღნიშნული უფლებები სახელდებით არ არის მოხსენიებული კონვენციის მე-6 მუხლში, ისინი წარმოადგენს საქმის სამართლიანი განხილვის უფლების უზრუნველმყოფ ბერკეტს.⁴ თვითინკრიმინაციისგან დაცვის პრივილეგიას, ისევე როგორც დუმილის უფლებას, სასამართლო განიხილავს ბრალდებულის არჩევანის თავისუფლებად, რომლის ფარგლებშიც იგი უფლებამოსილია გადაწყვიტოს, ითანამშრომლოს თუ არა გამოძიებასთან.⁵

ამრიგად, თვითინკრიმინაციისგან დაცვის უფლება ნიშნავს იმას, რომ ბრალდების მხარემ ამტკიცოს პირის ბრალეულობა იძულების ან ზეწოლის შედეგად მოპოვებული მტკიცებულებების გამოყენების გარეშე, რაც თავის მხრივ, მჭიდროდ უკავშირდება უდანაშაულობის პრეზუმფციას.⁶

სისხლის სამართლის საერთაშორისო სასამართლოს წესდებით⁷ გათვალისწინებულია პირთა უფლებები გამოძიების დროს. სახელდობრ, პირი არ უნდა აიძულოს მისცეს ჩვენება ან აღიაროს ბრალი, აგრეთვე მან არ უნდა განიცადოს იძულება ან ზემოქმედება არა-

² Trudy Huskamp Peterson, *The Universal Declaration of Human Rights: an archival commentary*, 2018, pg. 30.

³ ადამიანის უფლებათა და ძირითად თავისუფლებათა დაცვის კონვენცია, 1950, მუხლი 6.

⁴ Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights, Council of Europe, 2020, pg. 40.

⁵ იქვე, გვ. 41.

⁶ ლ. მსხილაძე, ბრალდებულის უფლება - მისცეს ჩვენება, *ჟ. „მართლმსაჯულება და კანონი“* №52, 2016, გვ. 10.

⁷ სისხლის სამართლის საერთაშორისო სასამართლოს რომის წესდება, 1998, მუხლი 55 და 67.

ნაირი ფორმით.

ზემოაღნიშნული საერთაშორისო აქტების განხილვით ცხადია, თუ რაოდენ დიდი მნიშვნელობა ენიჭება თვითინკრიმინაციისგან დაცვის პრივილეგიას საერთაშორისო-სამართლებრივ სივრცეში. მიუხედავად იმისა, რომ ბრალდებულს გააჩნია დუმილის უფლება და იგი დაცულია სახელმწიფოს მხრიდან ზემოქმედებისაგან, არც ერთ ზემოაღნიშნულ აქტში სახელდებით არ არის მითითებული, რომ აკრძალულია მის მიმართ, მისთვის არასასურველი ნებისმიერი სახის ქმედების განხორციელება, რაც მის სამართლებრივ მდგომარეობას გააუარესებს. აღნიშნული პრობლემატიკა მით უფრო აქტუალურია დადგენილების/სასამართლოს განჩინების საფუძველზე ჩატარებული საგამოძიებო მოქმედებების დროს.

საქართველოს კონსტიტუციის⁸ თანახმად, უზრუნველყოფილია ბრალდებულის უფლებები, რომელთაგან ერთ-ერთს წარმოადგენს დაკავებისთანავე მისთვის კანონით მინიჭებული გარანტიების განმარტების ვალდებულება.

კონსტიტუციის აღნიშნული დანაწესი დაკონკრეტებულია სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსში.⁹ ამ უკანასკნელის თანახმად, ბრალდებულს აქვს ნებისმიერ დროს დუმილით სარგებლობის უფლება, რაც მის წინააღმდეგ ვერ იქნება გამოყენებული. ამასთან, „ბრალდებული უფლებამოსილია არ მიიღოს მონაწილეობა საგამოძიებო მოქმედებაში.“¹⁰ სამართლებრივი სახელმწიფოს პრინციპიდან გამომდინარე, ბრალდებული არ არის ვალდებული საკუთარი თავის საზიანოდ ითანამშრომლოს საგამოძიებო ორგანოსთან.¹¹ ამდენად, დაუშვებელია პირის იძულება, მისი ნების საწინააღმდეგოდ მიიღოს მონაწილეობა საგამოძიებო მოქმედებაში, თუმცა აღნიშნული დათქმიდან გამონაკლისს წარმოადგენს სასამართლოს განჩინებით განხორციელებული ცალკეული საგამოძიებო მოქმედებანი, რაც არ-

⁸ საქართველოს კონსტიტუცია, 1995, მუხლი 13.

⁹ საქართველოს სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსი, 2009, მუხლი 38.

¹⁰ იქვე, მუხლი 38-17.

¹¹ ავტორთა კოლექტივი, საქართველოს სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის კომენტარი, თბ. 2015, გვ. 189.

გუმენტირებულია ბრალდებულის თმენის ვალდებულებით.¹²

ამდენად, ერთი მხრივ, სახეზეა ბრალდებულის უფლება, დაცული იყოს ყოველგვარი სამართლებრივი ჩარევისაგან, რაც დაცვის უფლების მნიშვნელოვან ასპექტს წარმოადგენს, ხოლო მეორე მხრივ, სახეზეა ბრალდებულის ვალდებულება, ითმინოს სახელმწიფოს მხრიდან განხორციელებული იძულება, რათა შეიქმნას მის მიმართ ბრალდების შესახებ დადგენილების/გამამტყუნებელი განაჩენის გამოტანისათვის აუცილებელი მტკიცებულებითი სტანდარტი.

აღნიშნული მიდგომის თანახმად, ლოგიკურია დასკვნა იმის შესახებ, რომ თვითინკრინაციისგან დაცვის პრივილეგია არ წარმოადგენს ბრალდებულის აბსოლუტურ უფლებას, თუმცა მიუხედავად აღნიშნულისა „თვითინკრინაციისგან დაცვის პრივილეგია წარმოადგენს სამართლიანი სასამართლოს უფლების ფუნდამენტურ კომპონენტს, იცავს რა პირს საკუთარი თავის წინააღმდეგ მაინკრინირებელი ჩვენების რაიმე ფორმით მიცემის დავალდებულებისა და იძულებისაგან. ხსენებული უფლება მჭიდრო კავშირშია არა მარტო სამართლიანი სასამართლოს უფლების სხვა კომპონენტებთან - უდანაშაულობის პრეზუმფცია და დაცვის უფლება, არამედ რიგ ფუნდამენტურ კონსტიტუციურ პრინციპებთან. თვითინკრინაციის იძულებისაგან დაცვა წარმოადგენს ადამიანის კონსტიტუციური უფლებებისა და თავისუფლებების უმთავრესი პრინციპის გამოძახილს, რომლის თანახმადაც, დემოკრატიულ საზოგადოებაში ადამიანი არ შეიძლება აღქმული იყოს როგორც ობიექტი, მიზნის მიღწევის საშუალება, არამედ იგი თავად უნდა იყოს ის მიზანი, ორიენტირი, რომელსაც ეფუძნება სახელმწიფოს პოლიტიკა ნებისმიერი მიმართულებით.“¹³

მიუხედავად ბრალდებულის აღნიშნული უფლების მნიშვნელობისა, სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსში არსებული მუხლები ითვალისწინებს მისი უფლების შელახვას, რაც თავის მხრივ არგუმენტირებულია საჯარო ინტერესით. სახელდობრ, კანონმდებლობა ბრალდების მხარეს აძლევს შესაძლებლობას, აუღოს ბრალ-

¹² იქვე.

¹³ საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2018 წლის 14 დეკემბრის №1/4/809 გადაწყვეტილება საქმეზე „საქართველოს მოქალაქე ტიტუკო ჩორგოლიანი საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ.“

დებულს ნიმუში, მისი ნების სანინააღმდეგოდ - სასამართლო განჩინების ან გადაუდებელი აუცილებლობის შემთხვევაში, გამომძიებლის დადგენილების საფუძველზე.¹⁴ სსსკ-ის 121-ე მუხლი ბრალდების მხარეს აძლევს შესაძლებლობას, განახორციელოს პირის პირადი ჩხრეკა, თუკი არსებობს საამისო საფუძველი, რაც გამოიხატება დასაბუთებულ ვარაუდში, რომ პირს შეიძლება თან ჰქონდეს საქმისათვის მნიშვნელობის მქონე ობიექტი. იმ პირობებში, როდესაც აღნიშნული ობიექტის აღმოჩენის შედეგად, იკვეთება პირის დაკავების აუცილებლობა, აშკარაა, რომ ბრალდებული განიცდის მასზე იძულებით ზემოქმედებას, რათა საბოლოო ჯამში, უზრუნველყოს ბრალდების მხარისათვის შესაბამისი მტკიცებულებითი სტანდარტის შექმნა. აღნიშნულთან მიმართებით, მნიშვნელოვანია საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილება, სადაც იგი ძალადაკარგულად აცხადებს აღნიშნული ნორმის იმ ნორმატიულ შინაარსს, რომლის თანახმადაც, ჩხრეკის შედეგი განიხილება მოცემული საგამომძიებო მოქმედების ჩატარებისთვის აუცილებელი დასაბუთებული ვარაუდის შექმნის ერთ-ერთ საფუძველად.¹⁵

მართალია, ამ გადაწყვეტილებაში სასამართლო არ მსჯელობს უშუალოდ ბრალდებულის თვითინკრინაციისგან დაცვის პრივილეგიაზე, თუმცა აქცენტს აკეთებს კონსტიტუციის მე-15 მუხლის მე-2 პუნქტზე. აღნიშნული მუხლი კი მიუთითებს ადამიანის პირადი სივრცის შეზღუდვის კანონისმიერ საფუძველებზე, რასაც პირის ჩხრეკის დროს აქვს ადგილი. სახელდობრ, აღნიშნულის თანახმად, სახეზე უნდა იყოს შესაბამისი მიზანი, რაც გულისხმობს დემოკრატიულ საზოგადოებაში აუცილებელი სახელმწიფო ან საზოგადოებრივი უსაფრთხოების უზრუნველყოფას ან სხვათა უფლებების დაცვას. ამდენად, ლოგიკურია, რომ ბრალდებულის თმენის ვალდებულება სწორედ ამ მიზნიდან გამომდინარეობს.

საინტერესოა სასამართლოს მსჯელობა პირადი სივრცის შეზღუდვასთან დაკავშირებით, რასაც მოცემული საგამომძიებო მოქ-

¹⁴ საქართველოს სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსი, 2009, მუხლი 147.

¹⁵ საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2020 წლის 25 დეკემბრის №2/2/1276 გადაწყვეტილება საქმეზე „გიორგი ქებურია საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ.“

მედების ჩატარების დროს აქვს ადგილი. სასამართლო განმარტავს, რომ ყოველ კონკრეტულ შემთხვევაში ნეიტრალურ სახელმწიფო ორგანოს — სასამართლოს უნდა მიეცეს შესაძლებლობა შეაფასოს, თუ რამდენად აუცილებელი იყო პირის კონსტიტუციური უფლების შეზღუდვა.

ამდენად, მოცემული განმარტების თანახმად, პრობლემას წარადგენს არა პირის უფლების შეზღუდვა, არამედ ის, რომ აღნიშნული ქმედება ლეგიტიმური მიზნის მიღწევის პროპორციული საშუალება უნდა იყოს - ე.ი. სახეზეა თანაზომიერების კონსტიტუციური პრინციპი.

კიდევ ერთ საინტერესო საკითხს წარმოადგენს თვითინკრიმინაციისაგან დაცვის პრივილეგია და საგამოძიებო ორგანოებთან თანამშრომლობის ურთიერთმიმართება. სახელდობრ, პირის მიერ ბრალდების მხარისათვის მიწოდებული ინფორმაციის შინაარსი და მოცულობა, მხარეთა შორის დადებული შეთანხმების მიზანს უნდა ემსახურებოდეს - ამდენად, მოცემულ შემთხვევაში პირი საკუთარი სურვილისამებრ თანამშრომლობს გამოძიებასთან, უარს ამბობს თვითინკრიმინაციისგან დაცვის პრივილეგიაზე და აღნიშნულის სანაცვლოდ იღებს კონკრეტულ სარგებელს.¹⁶ მაგალითისთვის, საქართველოს სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის 218-ე მუხლი ითვალისწინებს საპროცესო შეთანხმებას განსაკუთრებული თანამშრომლობის შესახებ. აღნიშნულის ფარგლებში, პირის საგამოძიებო ორგანოებთან თანამშრომლობის შედეგად იქმნება დანაშაულის გახსნისათვის არსებითი პირობები, ხოლო სანაცვლოდ კი პირი იღებს მისთვის ხელსაყრელ სამართლებრივ მდგომარეობას (პასუხისმგებლობის/სასჯელისაგან სრულად გათავისუფლება ან მსჯავრდებულის სასჯელის გადახედვა.) ამდენად, შესაძლებელია პირმა თავად თქვას უარი თვითინკრიმინაციისგან დაცვის პრივილეგიაზე და სანაცვლოდ აღმოჩნდეს შედარებით უკეთეს სამართლებრივ მდგომარეობაში. განსხვავებულ შემთხვევასთან გვაქვს საქმე მაშინ, როდესაც პირს

¹⁶ Н.В. Сидорова, Привилегия против самообвинения и доказательственное значение показаний, полученных в результате соглашения о сотрудничестве, Юридическая наука и правоохранительная практика, №2(12), Тюмень 2010.

გარეშე ძალის მიერ ეზღუდება დაცვის უფლება, რაც მჭიდრო კავშირშია პირადი სივრცისა და პირადი ცხოვრების ხელშეუხებლობის უფლებასთან. ამდენად, მოცემულ შემთხვევაში აუცილებელია დადგინდეს ზღვარი, რომლის გადაკვეთაც ვერ მოხერხდება მხოლოდ ლეგიტიმურ მიზანზე აპელირებით (კონკრეტული მტკიცებულებითი სტანდარტის გარეშე) - ე.ი. ცალსახად უნდა განისაზღვროს შემთხვევები, თუ როდის არის შესაძლებელი თვითინკრიმინაციისაგან დაცვის პრივილეგიის შეზღუდვა და როდის ენინააღმდეგება აღნიშნული კანონის დანაწესს.

თავდაპირველად, მნიშვნელოვანია აღინიშნოს, რომ სისხლის სამართლის პროცესში ბრალდებული განიხილება ინფორმაციის წყაროდ, როდესაც მას რელევანტური გარემოებების ცოდნა გააჩნია გონებაში (არამატერიალური ინფორმაცია) და როდესაც ინფორმაცია წარმოდგენილია ფიზიკურად (მატერიალური ინფორმაცია).¹⁷ მატერიალური სახით წარმოდგენილი ინფორმაციის მოპოვებას კანონმდებელი დასაშვებად მიიჩნევს, თუმცა განსხვავებული პოზიცია აქვს არამატერიალურ ინფორმაციის მოპოვებასთან მიმართებით. ამ უკანასკნელიდან გამომდინარეობს სწორედ ის გარემოება, რომ ბრალდებული უფლებამოსილია, არ გასცეს პასუხი დასმულ კითხვებზე¹⁸ და მისცეს სასამართლოს ჩვენება მისი შეხედულებისამებრ.¹⁹

სასამართლო პრაქტიკის შედარებით-სამართლებრივი ანალიზი

ამერიკის შეერთებული შტატები

საკითხის უკეთ გაანალიზების მიზნით, მეტი თვალსაჩინოებისათვის, ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს გადანყვეტილებათა პარალელურად, საინტერესოა კონკრეტულ ქვეყნებში არსებული სასამართლო პრაქტიკა თვითინკრიმინაციისგან დაცვის პრივილე-

¹⁷ გ. თუმანიშვილი, ბრალდებულის პირადი ჩხრეკა, მისი სხეულიდან ნიმუშის აღება და თვითინკრიმინაციისგან დაცვის პრივილეგია, გურამ ნაჭყებუას საიუბილეო კრებული, თბ. 2016, გვ. 74.

¹⁸ საქართველოს სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსი, 2009, მუხლი 38-2.

¹⁹ იქვე, მუხლი 74.

გის ფარგლებთან მიმართებით.

აშშ-ში არსებული სასამართლო პრაქტიკის მიხედვით, სასამართლოს ნებართვის გარეშე პირისაგან ნიმუშის იძულებით აღება დაკავშირებულია გადაუდებელი აუცილებლობის ცნებასთან და ამ უკანასკნელის დასაბუთებისათვის საჭირო რიგ კრიტერიუმებთან.

სასამართლოს გადანყვეტილებით,²⁰ იძულების წესით სისხლის ნიმუშის აღებასთან დაკავშირებით დადგინდა, რომ ადგილი არ აქვს თვითინკრიმინაციისგან დაცვის პრივილეგიის დარღვევას, რაც არგუმენტირებულია ორ გარემოებაზე დაყრდნობით: საგამოძიებო მოქმედება განხორციელდა იძულების გზით, თუმცა აღნიშნული დაკავშირებული არ ყოფილა პირის მიერ განხორციელებულ ქმედებასთან - ე.ი. ზემოქმედება ხორციელდებოდა სუბიექტზე იმგვარად, რომ საჭირო არ იყო მისგან აქტიური ქმედება. რაც შეეხება მეორე გარემოებას, აღნიშნულს წარმოადგენს გადაუდებელი აუცილებლობა, რომლის არსებობის შემთხვევაშიც სამართალდამცავი ორგანოს წარმომადგენელს უფლება აქვს მოიპოვოს სისხლის ნიმუში.

მოცემულ საქმეში, სამედიცინო პერსონალმა სამართალდამცავი ორგანოს წარმადგენლის დავალებით აიღო პირისაგან სისხლის ნიმუში - ამ უკანასკნელის თანხმობის გარეშე, რამაც დაცვის მხარის არგუმენტაციით ეჭვქვეშ დააყენა თვითინკრიმინაციისგან დაცვის პრივილეგია. მოცემულ საქმეში საყურადღებოა რამდენიმე ფაქტობრივი გარემოება: მის მიმართ განხორციელებული საგამოძიებო მოქმედების შედეგად დადგინდა, რომ ავტოავარიის დროს იგი იმყოფებოდა ალკოჰოლური თრობის ქვეშ, რაც შემდგომში - სასამართლო განხილვის ეტაპზე, გამოყენებულ იქნა მის წინააღმდეგ.

ამდენად, პირისაგან ნიმუშის იძულებით აღების დროს, უნდა ვიმსჯელოთ ბრალდებულის უფლების გავრცელების არეალზე, განსაკუთრებით იმ შემთხვევაში, თუკი საგამოძიებო მოქმედების შედეგად მიღებული მტკიცებულება ამძიმებს პირის სამართლებრივ მდგომარეობას.

დაცვის უფლების გავრცელების ფარგლების გარდა, საყურადღებოა პირადი ცხოვრების ხელშეუხებლობის უფლება, რომლის

²⁰ Schmerber v. California, 384 U.S. 757(1966).

ერთ-ერთი ასპექტიც სწორედ პირის ნებართვის გარეშე მისი ფიზიკური ხელშეუხებლობაა.

შეჯამების სახით, აღნიშნული გადანყვეტილებით, სასამართლომ განმარტა, რომ თვითინკრინაციისაგან დაცვის პრივილეგია, მოცემულ შემთხვევაში ვრცელდება მხოლოდ სამართალდამცავი ორგანოს წარმომადგენელთათვის ინფორმაციის მიწოდებაზე და არა სისხლის ნიმუშის იძულებით აღების საკითხზე.²¹

შედარებით განსხვავებული პოზიცია აქვს სასამართლოს 2013 წლის გადანყვეტილებაში.²² მოცემულ შემთხვევაში, სახეზეა ანალოგიურად სისხლის ნიმუშის იძულებით აღება. კერძოდ, მოძრაობის ნესების დარღვევის გამო, სამართალდამცავი ორგანოს წარმომადგენელმა პირთან მიმართებით გადანყვიტა ტესტის გამოყენება, რომლითაც უნდა განსაზღვრულიყო სისხლში ალკოჰოლის შემცველობა. საყურადღებოა ის ფაქტი, რომ გარდა თრობისათვის დამახასიათებელი აშკარა ნიშნებისა, თავად პირმა უთხრა პოლიციელს რომ მან მიიღო ალკოჰოლური სასმელი, თუმცა, მანვე არაერთგზის უარი განაცხადა მის მიმართ ტესტის გამოყენებაზე. აღნიშნული გახდა პირის დაკვების საფუძველი და მისგან იძულებით, საავადმყოფოში, შესაბამისი თანამშრომლის მიერ, აღებულ იქნა სისხლის ნიმუში. დაცვის მხარე აპელირებდა იმ ფაქტზე, რომ მისგან ნიმუშის აღება განხორციელდა შესაბამისი განჩინების გარეშე, რამაც თავის მხრივ ხელყო აშშ-ის კონსტიტუციის მე-4 შესწორება, რაც გულისხმობს პირისა და მისი ქონების ხელშეუხებლობის უფლებას.

პირველი ინსტანციის სასამართლომ გაიზიარა დაცვის მხარის პოზიცია და განმარტა, რომ გადაუდებელი აუცილებლობის კრიტერიუმად არ უნდა იქნეს მიჩნეული მხოლოდ ის ფაქტი, რომ ალკოჰოლის შემცველობა სისხლში შეიძლება დროის გარკვეული პერიოდის შემდეგ აღარ დადგინდეს. ამდენად, მოცემულ შემთხვევაშიც, სა-

²¹ Andrew L-T CHOO, „Give Us what you Have“-information, compulsion and the Privilege Against Self-Incrimination as a Human Right, Criminal Evidence and Human Rights reimagining Common Law Procedural Traditions , Oxford and Portland, Oregon, 2012, pg. 244.

²² Missouri v. Mcneely, №11–1425(2013).

სამართლო ყურადღებას ამახვილებს გადაუდებელი აუცილებლობის გარემოებებზე და განმარტავს, რომ მხოლოდ ვარაუდი იმისა, რომ პირი ავტოსაგზაო შემთხვევის დროს იმყოფებოდა ალკოჰოლური თრობის ქვეშ, არ არის საკმარისი არგუმენტი იმისათვის, რომ მისი ნების სანინალმდეგოდ, სასამართლოს შესაბამისი გადანწყვეტილების გარეშე, მისგან აღებულ იქნეს სისხლის ნიმუში. აღნიშნულ მსჯელობას შემდგომში დაეთანხმა უზენაესი სასამართლოც. მოცემული მოსაზრება მით უფრო გამყარებულია იმ არგუმენტით, რომ ფაქტობრივი გარემოებებიდან გამომდინარე არ დასტურდება ის ფაქტი, რომ პოლიციელს არ ჰქონდა საკმარისი დრო სასამართლოსგან ნიმუშის იძულებით აღებისათვის საჭირო ნებართვის მისაღებად.

უზენაესმა სასამართლომ ყურადღება გაამახვილა აგრეთვე იმ გარემოებაზე, რომ გადაუდებელი აუცილებლობის კრიტერიუმი მნიშვნელოვნად არის დამოკიდებული სპეციალურ პირობებზე. მით უმეტეს, მოცემულ საქმეში, სახეზეა პროცედურა, რომელიც გულისხმობს პირის სხეულიდან - ვენიდან, სისხლის ნიმუშის აღებას, რომლის შედეგიც თავის მხრივ შესაძლოა გამოყენებულ იქნეს როგორც პირის სანინალმდეგო მტკიცებულება. ამდენად, აღნიშნული ტიპის პროცედურა არის ძალზე პერსონალური და ჰბადებს პრივატულობის განსაკუთრებულ მოლოდინს, რაც თავის მხრივ აწესებს მეტად მაღალ სტანდარტებს აღნიშნულის, შესაბამისი ნებართვის გარეშე, განსახორციელებლად.

საინტერესოა ის გარემოება, რომ სასამართლო ყურადღებას ამახვილებს ელექტრონულ პროგრესზე და განმარტავს, რომ კომუნიკაცია სასამართლოსთან - საამისოდ აუცილებელ სიტუაციაში, შესაძლებელია აგრეთვე ელექტრონულ ფორმატში, რაც მკაფიოდ ამცირებს მტკიცებულების განადგურების რისკს (დროის ფაქტორის გათვალისწინებით), თუმცა იმ შტატის კანონმდებლობით, სადაც აღნიშნულ შემთხვევას ჰქონდა ადგილი, აუცილებელი იყო სასამართლოსადმი წერილობითი ფორმით მიმართვა. მიუხედავად ამ უკანასკნელი გარემოებისა, საქმის განხილვის მიმდინარეობისას, დაცვის მხარის მიერ მტკიცებულების სახით წარდგენილ იქნა დადგენილების ფორმა, რომელიც გამოიყენებოდა ბრალდების მხარის

მიერ მსგავსი კატეგორიის საქმეებზე გამოძიების წარმოებისას. თავად სამართალდამცავი ორგანოს წარმომადგენელმაც განმარტა, რომ აღნიშნული ფორმა მას გამოყენებული ჰქონდა და იგი ხელმისაწვდომი იყო კიდევ, თუმცა მოცემულ კონკრეტულ შემთხვევაში, მას აღნიშნულით არ უსარგებლია.

ამდენად, სასამართლომ განმარტა, რომ ყოველ ინდივიდუალურ შემთხვევაში, როდესაც საქმე ეხება ნიმუშის აღებას და აღნიშნული ხორციელდება სასამართლოს გადანყვეტილების გარეშე, სახეზე უნდა იყოს რიგ გარემოებათა ერთობლიობა, რათა არ დაირღვეს კონსტიტუციის მე-4 შესწორება. საყურადღებოა აგრეთვე აშშ-ის კონსტიტუციის მე-5 შესწორება, რომელიც თვითინკრიმინაციისაგან დაცვის პრივილეგიის მნიშვნელოვან გარანტს წარმოადგენს. შესწორების შინაარსიდან გამომდინარე, ცალსახაა ჩვენების მიცემაზე უარის თქმის/დუმილის უფლება, თუმცა ის გარემოება, თუ რამდენად მოიაზრება მასში კონკრეტულ საგამოძიებო მოქმედებებში მონაწილეობის მიღებაზე უარის თქმის შესაძლებლობა, ნორმის განმარტების საგანს წარმოადგენს.

შუალედური შეჯამების სახით უნდა ითქვას, რომ აშშ-ში პირი სარგებლობს თვითინკრიმინაციისაგან დაცვის პრივილეგიით, თუმცა აღნიშნული არ ატარებს აბსოლუტურ ხასიათს. არამედ, ყოველ კონკრეტულ შემთხვევაში, აუცილებელია განისაზღვროს უფლების დარღვევის სამართლებრივი საფუძველი (აღნიშნულს რიგ შემთხვევებში წარმოადგენს გადაუდებელი აუცილებლობა), ლეგიტიმური მიზანი და მიზნისა და დარღვევის თანაფარდობა.

ამდენად, ორიენტაცია თანაზომიერების კონსტიტუციურ პრინციპზე თვითინკრიმინაციისაგან დაცვის პრივილეგიის უზრუნველყოფის მნიშვნელოვანი ბერკეტია.

ინდოეთი

თემატიკიდან გამომდინარე, საინტერესოა ინდოეთის უზენაესი სასამართლოს მოცემული გადანყვეტილების²³ ანალიზი, რაც რამდენიმე ფაქტორით არის განპირობებული. პირველ რიგში, აღნიშნული გადანყვეტილება მნიშვნელოვანია თავად ქვეყნის სამოსამართლო

²³ Selvi v. Karnataka, Supreme Court Of India, 2010.

პრაქტიკისათვის, ხოლო მეორე მხრივ, გადანყვეტილებაში დეტალურად არის გამახვილებული ყურადღება რამდენიმე საგამოძიებო მოქმედების ჩატარების კრიტერიუმზე და პირის თვითინკრიმინაციისაგან დაცვის უფლებაზე.

სახელდობრ, მსჯელობის საგანს წარმოადგენს ნარკოლოგიური ანალიზის, პოლიგრაფზე ტესტირებისა და ტვინის ელექტრული გააქტიურების პროფილის (BEAP) ტესტირების დროს, პირის მხრიდან თანხმობის არქონის შემთხვევაში, ამ უკანასკნელის დაცვის უფლების დარღვევის ხარისხი.

სასამართლო ყურადღებას ამახვილებს იმ გარემოებაზე, რომ შესაძლოა ზემოაღნიშნული ტესტირების გამოყენების მუქართ, პირი იძულებული გახდეს მისცეს მამხილებელი ჩვენება, რაც ხელყოფს თვითინკრიმინაციისგან დაცვის პრივილეგიას, რაც დაკავშირებულია პირის მიერ დუმილის უფლების გამოყენებასა და სამართლიანი სასამართლოს ფუნდამენტურ უფლებებთან.

სასამართლოს განმარტებით, თითოეული ზემოაღნიშნული უფლების მთავარი მიზანია უზრუნველყოს პირის დაცვა გონივრულ ფარგლებში. ამდენად, მნიშვნელოვანია მართლმსაჯულების განმახორციელებელი ორგანოს როლი დაცვის უფლების სათანადო უზრუნველყოფისათვის. სახელდობრ, თუკი პირის ჩვენება მიღებულია/საგამოძიებო მოქმედება ჩატარებულია არაკანონიერი საფუძვლითა და შეუსაბამო გზით, შედეგის მიუხედავად, აღნიშნული მხედველობაში არ უნდა იქნეს მიღებული. სასამართლო განმარტავს, რომ სწორედ თვითინკრიმინაციისგან დაცვის პრივილეგიის განხორციელების ხარისხი წარმოადგენს გამოძიების პროცესში სამართალდამცავი ორგანოს წარმომადგენელთა მიერ განხორციელებულ პროცედურათა კანონიერების ინდიკატორს.

სასამართლო მსჯელობის საგანს წარმოადგენს სამი ძირითადი საკითხი: თვითინკრიმინაციისაგან დაცვის უფლების საზღვრები (გავრცელების არეალი მოიცავს მხოლოდ სასამართლო განხილვის ეტაპს თუ აგრეთვე გამოძიების მთელ პროცესს); უფლების სუბიექტი (აღნიშნული ვრცელდება მხოლოდ ბრალდებულზე/მსჯავრდებულზე თუ აგრეთვე მონმეზეც); მტკიცებულების მნიშვნელობა (რა მნიშვნე-

ლობის მქონეა ზემოაღნიშნულ ტესტირებათა შედეგები.)

აღნიშნულ საკითხებზე მსჯელობისას, სასამართლო პრეცედენტულ სამართალზე დაყრდნობით განმარტავს, რომ უფლების საზღვრები ვრცელდება როგორც გამოძიების, აგრეთვე სასამართლო განხილვის ეტაპებზე, ხოლო სუბიექტს წარმოადგენს როგორც მსჯავრდებული, აგრეთვე ბრალდებული და მოწმე.

მტკიცებულების მნიშვნელობასთან მიმართებით, სასამართლო გამოყოფს პრობლემატურ საკითხებს. აღნიშნულს წარმოადგენს პირის აღიარებითი ჩვენება, რომელიც კანონდარღვევით არის მოპოვებული; ინფორმაცია, რომელიც მოპოვებულ იქნა პირის დაკითხვის შედეგად, თუმცა წარმოადგენს დამოუკიდებელ მტკიცებულებას და პირისგან, მისივე ნების სანაწილმდეგოდ, შესაბამისი ნიმუშის აღება.

ცალსახაა, რომ როდესაც ჩვენება მოპოვებულია არაკანონიერი გზით, შედეგის მიუხედავად, აღნიშნული ვერ ჩაითვლება მტკიცებულებად. თუმცა თუკი ბრალდებული საგამოძიებო ორგანოს მისი სურვილისამებრ აწვდის შესაბამის ინფორმაციას, რომლის საფუძველზეც ბრალდების მხარის მიერ ხდება მტკიცებულების მოპოვება, ეს უკანასკნელი ჩვეულებრივ აკმაყოფილებს მტკიცებულებისათვის განკუთვნილ სტანდარტებს. საყურადღებოა ის გარემოება, რომ აღნიშნული საკითხი წამოიჭრება მხოლოდ იმ შემთხვევაში, თუკი მიწოდებული ინფორმაცია ატარებს მაინკრიმინირებელ ხასიათს.

ინდოეთის კანონმდებლობით,²⁴ დაკავებული პირისაგან, ამ უკანასკნელის თანხმობის გარეშე, სამედიცინო შემონმებისათვის რამდენიმე პირობა უნდა იქნეს დაკმაყოფილებული. პირველ რიგში, სამედიცინო შემონმება, სასამართლოს განმარტების თანახმად, გულისხმობს ნებისმიერი სახის ნიმუშზე (სისხლი, თმის ნიმუში, ნერწყვი, სქესობრივი დანაშაულის შემთხვევაში - სპერმა) მუშაობას. რაც შეეხება შესაბამის პირობებს, თითოეული მათგანი სახეზე უნდა იყოს კუმულაციურად: უნდა არსებობდეს გონივრული საფუძველი იმისა, რომ პირის მიმართ განხორციელებული ღონისძიების შედეგად მოპოვებულ იქნება რელევანტური მტკიცებულება; აღნიშნული პროცედურა განხორციელებული უნდა იყოს მედიცინის მუშაკის მიერ, სამართალ-

²⁴ სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსი, 1973, მუხლი 53.

დამცავი ორგანოს წარმომადგენლის შუამდგომლობის საფუძველზე, რომლის ნოდებაც უნდა იყოს არანაკლებ უმრცროსი ინსპექტორისა და პირის მიმართ იძულება უნდა განხორციელდეს მხოლოდ იმ ფარგლებში, რომელიც აუცილებელია შესაბამისი შედეგის მისაღებად. ამდენად, მოცემული საგამოძიებო მოქმედების განსახორციელებლად სახეზე უნდა იყოს შესაბამისი სუბიექტი (სამართალდამცავი ორგანოს წარმომადგენელი), მედიცინის მუშაკი და გონივრული ვარაუდი იმისა, რომ განხორციელებული ქმედების შედეგად მოხდება რელევანტური მტკიცებულების მოპოვება. აღნიშნულ პირობათა დაკმაყოფილების შემდეგ იზრდება იმის შესაძლებლობა, რომ დაცვის უფლება განხორციელდება არსებითი დარღვევების გარეშე.

ამდენად, დასაშვებია, კანონისმიერი საფუძვლების არსებობის შემთხვევაში პირისაგან ნიმუშის აღება. აღნიშნული, მართალია, ხელყოფს თვითინკრიმინაციისგან დაცვის პრივილეგიას, თუმცა იმის გათვალისწინებით, რომ ეს უკანასკნელი არ ატარებს აბსოლუტურ ხასიათს, მოცემული მიდგომა აშშ-ის მიდგომისაგან განსხვავებული არ არის.

სასამართლო მის გადაწყვეტილებაში აგრეთვე მსჯელობს ნარკოლოგიური ანალიზის, პოლიგრაფზე ტესტირებისა და ტვინის ელექტრული გააქტიურების პროფილის (BEAP) ტესტებთან დაკავშირებით და განმარტავს, რომ თავად მათი ხასიათიდან გამომდინარე, პირის იძულების შემთხვევაში დაირღვევა მისი დაცვის უფლება, ისევე როგორც პირადი ცხოვრების ხელშეუხებლობა. აღნიშნულის დარღვევით კი, ტესტირების ხასიათის, სპეციფიკისა და ცდომილების გათვალისწინებით, ხელყოფილ იქნება გაცილებით მნიშვნელოვანი სამართლებრივი სიკეთე, ვიდრე დამნაშავეს დასჯის ინტერესია.

მეტიც, სასამართლომ განმარტა, რომ იმ შემთხვევაშიც კი, როდესაც პირს ზემოაღნიშნულ ტესტებს უტარებენ მისივე თანხმობით, ტესტის პასუხი არ შეიძლება იყოს მტკიცებულება, ვინაიდან პირი ვერ ახორციელებს კონტროლს ტესტის განმავლობაში მიმდინარე პროცესებზე. ამდენად, თავად ტესტირების შედეგები სამართლებრივი თვალსაზრისით ირელევანტურია, თუმცა მათი გამოყენებით შესაძლებელია მნიშვნელოვანი მტკიცებულების მოპოვება, რომელთა

მეშვეობითაც უნდა შეიქმნას პირის ბრალდების/მსჯავრდებისათვის აუცილებელი შესაბამისი სტანდარტი.

ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს პრეცედენტული
სამართალი

სამართლიანი სასამართლოს უფლება ნებისმიერ შემთხვევაში მოიაზრებს დუმილის უფლებასა და თვითინკრიმინაციისაგან დაცვის პრივილეგიას, მიუხედავად იმისა, რომ აღნიშნული ცნებები კონვენციის მე-6 მუხლში სახელდებით არ არის გათვალისწინებული.²⁵ ამდენად, სამართლიანი სასამართლოს უფლება, რომელიც გარანტიათა ფართო სპექტრს მოიცავს, გულისხმობს აგრეთვე დაცვის მხარის არჩევანს - ითანამშრომლოს თუ არა საგამოძიებო ორგანოებთან და აღნიშნულით ხელი შეუწყოს მის მიმართ შესაბამისი მტკიცებულებითი სტანდარტის შექმნას.

თემატიკის სპექტრიდან და მნიშვნელობიდან გამომდინარე, ბუნებრივია, აღნიშნულ საკითხებზე სასამართლომ მის არაერთ გადაწყვეტილებაში იმსჯელა. სასამართლოს განმარტებით, თვითინკრიმინაციისაგან დაცვის პრივილეგიის მნიშვნელოვანი ასპექტია პირის უფლება, არ მისცეს მისთვის არასასურველი ჩვენება, თუმცა აღნიშნული პრივილეგია არ ვრცელდება იმ შემთხვევებზე, როდესაც პირისაგან, შესაბამისი სამართლებრივი პროცედურების დაცვით, მისივე ნების საწინააღმდეგოდ, ხდება სხვადასხვა ტიპის ნიმუშების აღება.²⁶

სასამართლომ მნიშვნელოვანი განმარტება გააკეთა თვითინკრიმინაციისაგან დაცვის პრივილეგიასა და „ოპერატიული ექსპერიმენტის“ ურთიერთმიმართებაზე.²⁷ სახელდობრ, მოცემულ კონკრეტულ შემთხვევაში, ადგილი არ ჰქონია სამართლიანი სასამართლოს უფლების დარღვევას, ვინაიდან ჩანანერი არ წარმოადგენდა პირის მამხილებელ

²⁵ Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights, Council Of Europe, 2020, pg. 40.

²⁶ Saunders v. United Kingdom, №19187/91, ECHR 1996.

²⁷ Bykov v. Russia, №4378/02, ECHR 2009.

ერთადერთ მტკიცებულებას და ამასთან, მას კომუნიკაცია პირთან, რომლის მიერაც ხდებოდა საუბრის ფარული ჩანერა, ჰქონდა საკუთარი სურვილისამებრ - მის მიერ კონტროლირებად ტერიტორიაზე. ამდენად, მოცემულ კონკრეტულ შემთხვევაში პირზე რაიმე ფორმით ძალდატანებას ადგილი არ ჰქონია.

განსხვავებული პრაქტიკა დაადგინა სასამართლომ საქმეზე,²⁸ სადაც დაკავებულ პირთან საკანში შეგზავნილ იქნა პოლიციის აგენტი, რათა ბრალდებულისგან მიეღო ინფორმაცია და ტექნიკური საშუალების გამოყენებით ჩაენერა. მოცემულ შემთხვევაში სასამართლომ განმარტა, რომ დაირღვა სამართლიანი სასამართლოს უფლება, ვინაიდან ბრალდებულზე მუდმივი კითხვების დასმის გზით ხორციელდებოდა ფსიქოლოგიური ზეწოლა, რათა მას პოლიციის ინფორმატორისათვის მიენოებინა საჭირო ინფორმაცია.

ადენად, მოცემულ ორ შემთხვევაში, სასამართლო განსხვავებულ პრაქტიკას ამკვიდრებს თვითინკრიმინაციისგან დაცვის უფლებასთან მიმართებით და ძირითად განმასხვავებელ ნიშნად ასახელებს პირის თავისუფალ ნებას - ე.ი. პირველ შემთხვევაში პირი საუბრობს საკუთარი სურვილისამებრ, მის მიერვე კონტროლირებად ტერიტორიაზე, ხოლო მეორე შემთხვევაში კი ანალოგიური მოქმედება ხორციელდება საკანში, რა დროსაც ბრალდებული იმყოფება მუდმივი ფსიქოლოგიური ზეწოლის ქვეშ სამართალდამცავი ორგანოს ინფორმატორის მხიდან.

სასამართლო განმარტავს, რომ თვითინკრიმინაციისგან დაცვის პრივილეგია არ ატარებს აბსოლუტურ ხასიათს და აქედან გამომდინარე ნებისმიერი სახის იძულება არ წარმოადგენს სამართლიანი სასამართლოს უფლების დარღვევას.²⁹

სასამართლოს მიერ განხილული საქმეების ანალიზის შედეგად, დგინდება მინიმუმ სამი შემთხვევა, როდესაც დღის წესრიგში დგება სამართლიანი სასამართლოს უფლების განუხორციელებლობის რისკი.³⁰ პირველ მათგანს წარმოადგენს შემთხვევა, როდესაც პირი

²⁸ Allan v. The United Kingdom, №48539/99, ECHR 2002.

²⁹ Ibrahim And Others v. The United Kingdom, №50541/08, 50571/08, 50573/08 and 40351/09, ECHR 2016.

³⁰ Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights, Council of Europe,

იძულებულია მისცეს ჩვენება მუქარის შედეგად ან შესაბამისი, მოსალოდნელი სასჯელის შიშით. მე-2 შემთხვევა სახეზეა, როდესაც პირის მიმართ ხორციელდება ფიზიკური/ფსიქოლოგიური ზენოლა, რომლის მიზანსაც ჩვენების/მტკიცებულების მიღება წარმოადგენს. რაც შეეხება მე-3 შემთხვევას, აღნიშნული სახეზეა მაშინ, როდესაც სასურველი ინფორმაციის მისაღებად, სახელმწიფო იყენებს განსაკუთრებულ მექანიზმებს.

იმისათვის, რომ დადგინდეს თვითინკრიმინაციისაგან დაცვის უფლების დარღვევა, სასამართლო ყურადღებას ამახვილებს სამ ძირითად გარემოებაზე: 1) იძულების ხასიათი და ხარისხი; 2) შესაბამისი პროცედურული გარანტიების არსებობა; 3) მოპოვებული მტკიცებულების/ინფორმაციის გამოყენება.³¹

იძულება ერთი მხრივ, უნდა იყოს მიზნის მისაღწევად აუცილებელი მექანიზმი, ხოლო მეორე მხრივ კი იგი უნდა განხორციელდეს ყველაზე მცირედი დოზით. ნებისმიერი საგამოძიებო მოქმედების განხორციელებისას, თუნდაც იგი იძულების წესით იქნეს წარმოებული, არსებობს შესაბამისი პროცედურული გარანტიები, რომელთა დარღვევაც აკრძალულია. რაც შეეხება მე-3 გარემოებას, იძულების გზით მიღებული მტკიცებულება არ უნდა იყოს პირისათვის ბრალის წაყენების/გამამტყუნებელი განაჩენის გამოტანის ერთადერთი/მნიშვნელოვანი საფუძველი.

მნიშვნელოვან საკითხს წარმოადგენს თვითინკრიმინაციისგან დაცვის პრივილეგიისა და საჯარო ინტერესის ურთიერთმიმართება. აღნიშნულთან დაკავშირებით, სასამართლო განმარტავს,³² რომ სამართლიანი სასამართლოს უფლება ვრცელდება პირზე, მიუხედავად იმისა, თუ რა სიმძიმის არის მის მიერ ჩადენილი/სავარაუდოდ ჩადენილი დანაშაული. მიუხედავად აღნიშნულისა, განსაკუთრებით მტკიცებულებათა მოპოვების ეტაპზე, ყურადღება ექცევა საჯარო ინტერესს, თუმცა აღნიშნული არ ნიშნავს კერძო ინტერესის უგულვებელყოფას. ამდენად, მხოლოდ საჯარო ინტერესზე აპელირებით ვერ

2020, pg. 40.

³¹ იქვე, გვ. 42.

³² Jalloh v. Germany, №54810/00, ECHR 2006.

მოხდება თვითინკრინაციისგან დაცვის პრივილეგიის არამართლ-
ზომიერი შეზღუდვა.

საბოლოო დასკვნის სახით უნდა ითქვას, რომ თვითინკრინა-
ციისგან დაცვის პრივილეგია არ წარმოადგენს აბსოლუტურ უფლე-
ბას და ამდენად, შესაძლებელია მასზე უარის თქმა ან გარეშე პირთა
მხრიდან მისი შეზღუდვა. ძირითად საკითხს მოცემულ შემთხვევა-
ში წარმოადგენს ის გარემოება, რომ შეზღუდვა განხორციელდეს
კანონმდებლობით დადგენილ ფარგლებში და განსაზღვრული წესით.
აღნიშნულის შეფასებისას კი განხილულ უნდა იქნეს, სახეზე იყო თუ
არა გადაუდებელი აუცილებლობის შემთხვევა და საჯარო ინტერესი,
აგრეთვე უნდა შეფასდეს პირის მიმართ გამოყენებული იძულებითი
ღონისძიების თანაფარდობა მისაღწევ შედეგთან. ვინაიდან შეუძლე-
ბელია ზუსტი ინსტრუქციის შემუშავება, თუ რა შემთხვევაში ირ-
ღვევა თვითინკრინაციისგან დაცვის პრივილეგია, ზემოაღნიშნულ
გარემოებებთან ერთად სასამართლო კონტროლის საგანია აგრეთვე
თითოეულ კონკრეტულ საქმეში არსებულ ფაქტობრივ და სამართ-
ლებრივ გარემოებათა ერთობლიობა.

დავით ქანთარია

ნასამართლობა და მისი მნიშვნელობა

ნასამართლობა სისხლის სამართლის მატერიალურსამართლებრივი ინსტიტუტია. მას გააჩნია მრავალი ასპექტი და გავლენას ახდენს სისხლის სამართლის როგორც მატერიალური, ასევე საპროცესო სამართლებრივი საკითხების გადანყვეტაზე.

ნასამართლობა არის პირის შესახებ ინფორმაცია, რომელიც ცალსახად მიანიშნებს დანაშაულის ჩადენის ფაქტზე. პირი ნასამართლევად ითვლება მის მიმართ გამამტყუნებელი განაჩენის გამოცხადებიდან ნასამართლობის გაქარწყლების ან მოხსნის მომენტამდე. ნასამართლობა მხედველობაში მიიღება სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობის განსაზღვრის თუ დანაშაულის კვალიფიკაციისას. ამ ინფორმაციას ხშირად ითხოვენ დასაქმების თაობაზე გადანყვეტილების მისაღებად.¹

ნასამართლობის შესახებ ინფორმაცია განსაკუთრებული კატეგორიის მონაცემს განეკუთვნება, დაცულია სამართალდამცავი ორგანოების მონაცემთა ბაზებში და მასზე წვდომა მკაცრად შეზღუდულია. მისი გამოთხოვა დასაშვებია მხოლოდ კანონით განსაზღვრულ გამონაკლის შემთხვევებში. ამასთან, უნდა გვახსოვდეს, რომ ნასამართლობა არ წარმოადგენს მუდმივ მონაცემს და მისი მოხსნის ან გაქარწყლების შემდგომ პირი ნასამართლობის არ მქონედ ითვლება.

ნასამართლობის შესახებ ცნობას გასცემს სსიპ საქართველოს შინაგან საქმეთა სამინისტროს მომსახურების სააგენტო, რომელშიც საქართველოს შინაგან საქმეთა სამინისტროს საინფორმაციო-ანალიტიკურ დეპარტამენტში რეგისტრირებული ან აღრიცხული მონაცემების ან/და სააგენტოს მიერ ადმინისტრაციული წარმოების შედეგად მოპოვებული ინფორმაციის საფუძველზე აისახება ინფორმაცია პირის ნასამართლობისა და ძებნის შესახებ.

ნასამართლობის გაქარწყლებასთან დაკავშირებით მნიშვნელოვანია ის ფაქტი, რომ არასრულწლოვანს ნასამართლობა სასჯელის

¹ ბიჭია შ., ხანდაზმულობა სისხლის სამართალში, 2010, 58.

მოხდის თანავე უქარწყლდება. ეს არასრულწლოვნის ჰარმონიულ განვითარებას უწყობს ხელს და მის საუკეთესო ინტერესებს ემსახურება.

ნასამართლობა, რომორც სასჯელის ნიშანი

სისხლისსამართლებრივი სასჯელი სახელმწიფოს იძულების სხვა ღონისძიებებისგან განსხვავებით იწვევს ნასამართლობას. ნასამართლობა არის ჩადენილი დანაშაულისთვის სასჯელის მოხდის განსაკუთრებული სამართლებრივი შედეგი.

საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსის 79-ე მუხლის 1-ლი ნაწილის თანახმად, მსჯავრდებული ნასამართლევად ითვლება გამამტყუნებელი განაჩენის კანონიერ ძალაში შესვლის დღიდან ნასამართლობის გაქარწყლების ან მოხსნის მომენტამდე. ნასამართლობა მხედველობაში მიიღება სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობის, დანაშაულის კვალიფიკაციისა და სისხლისსამართლებრივი ზემოქმედების ღონისძიების საკითხის გადაწყვეტისას.²

ნასამართლობა ზოგჯერ იწვევს შეზღუდვას საჯარო სამსახურის დაწყებასთან დაკავშირებით. მაგალითად, პოლიციის შესახებ საქართველოს კანონის 38-ე მუხლის „ა“ ქვეპუნქტის თანახმად, პოლიციაში სამუშაოდ არ მიიღება განზრახი დანაშაულისთვის ნასამართლევ პირი. ასევე საჯარო სამსახურის შესახებ საქართველოს კანონის მე-17 მუხლის „ა“ ქვეპუნქტის თანახმად, საჯარო სამსახურში არ მიიღება პირი, თუ იგი ნასამართლევია განზრახ ჩადენილი დანაშაულისათვის და მოხსნილი არა აქვს ნასამართლობა.

ნასამართლობის გაქარწყლება ხდება კანონით დადგენილ ვადებში, რომელიც დამოკიდებულია კონკრეტული სასჯელის სახესა და ზომაზე, ხოლო ნასამართლობის მოხსნა ხდება სასამართლოს მიერ ნასამართლობის გაქარწყლების ვადის გასვლამდე.

საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსის 79-ე მუხლის მე-6 ნაწილის თანახმად, გაქარწყლებული ან მოხსნილი ნასამართლობა მხედველობაში არ მიიღება სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობის, დანაშაულის კვალიფიკაციისა და სისხლისსამართლებრივი

² ვარძელაშვილი ი., სასჯელის მიზნები, თბ. 2017, 53.

ზემოქმედების ღონისძიების საკითხის გადაწყვეტისას.

იურიდიულ ლიტერატურაში გამოითქვა მოსაზრება, რომ დიფერენცირებული მიდგომა საჭირო პიროვნების ნასამართლობისადმი. „მაგალითად, თაღლითობისთვის ნასამართლევი პირი კვლავ თაღლითობას ახორციელებს. ამგვარ სიტუაციაში სასჯელის გამკაცრების სრული საფუძველი არსებობს.“ იურიდიულ ლიტერატურაში ეს მოსაზრება გაკრიტიკდა. კერძოდ, თუ თაღლითობისთვის ნასამართლევი პირმა კვლავ ჩაიდინა თაღლითობა, პირის ქმედება დაკვალიფიცირდება როგორც თაღლითობა თუ პირს ნასამართლობა მოხსნილი და გაქარწყლებული არ არის. ხოლო თუ წინათ ჩადენილი დანაშაულისთვის ნასამართლობა მოეხსნა ან გაუქარწყლდა, დაუშვებელია სასჯელის დანიშვნისას ნასამართლობის მხედველობაში მიღება სასჯელის დანიშვნისას. ნაშრომის ავტორი ზემოაღნიშნულ მაგალითში მოიაზრებს ისეთ შემთხვევას, როდესაც პირი იგივეობრივ ქმედებას სჩადის და ნასამართლობა მოხსნილი და გაქარწყლებულია.³

ნასამართლობის მოხსნა და ბაძარწყლება

როგორც უკვე აღვნიშნეთ, კანონის მიხედვით, მსჯავრდებული ნასამართლევად ითვლება გამამტყუნებელი განაჩენის კანონიერ ძალაში შესვლის დღიდან ნასამართლობის გაქარწყლების ან მოხსნის მომენტამდე. ანუ კანონმდებელი ადგენს ორ გზას, ორ განსხვავებულ წესს იმისათვის, რომ ნასამართლევი პირი ჩაითვალოს ნასამართლობის არმქონედ, აღარმქონედ: პირველი წესია ნასამართლობის გაქარწყლება, რომელიც წმინდა კალენდარული პრინციპია და დამოკიდებული არ არის რომელიმე თანამდებობის პირის ან ორგანოს ნებაზე და გადაწყვეტილებაზე. მეორე წესია ნასამართლობის მოხსნა – უფლებამოსილი ორგანოს გადაწყვეტილებით (პარლამენტის მიერ ამნისტიის შესახებ კანონის მიღება, სადაც პირდაპირ არის მითითებული ნასამართლობის მოხსნის შესახებ, პრეზიდენტის მიერ შეწყალების აქტის გამოცემა, სადაც პირდაპირაა მითითებული ნასამართლობის მოხსნის შესახებ, ან სასამართლოს მიერ ნასამართლობის მოხსნა კა-

³ დვალიძე ი., სისხლის სამართლის ზოგადი ნაწილი, სასჯელი და დანაშაულის სხვა სისხლისამართლებრივი შედეგები, თბ. 2013, 76.

ნონით დადგენილი წესით – სსკ-ის 79-ე მუხლის მე-5 ნაწილი და სსსკ-ის 288-ე მუხლი ნასამართლობის მოხსნამდე ან გაქარწყლებამდე.⁴

როგორც ზემოთ აღვნიშნეთ, პირის ნასამართლობის საფუძველია გამამტყუნებელი განაჩენის არსებობა, მაგრამ კანონმდებელი თვითონვე უშვებს გამონაკლისს და ადგენს, რომ არსებობს შემთხვევები, როდესაც მიუხედავად გამამტყუნებელი განაჩენის არსებობისა, პირი ამავე განაჩენით სრულად თავისუფლდება დანიშნული სასჯელის მოხდისაგან და ასეთ შემთხვევებში, მიუხედავად პირის მიერ დანაშაულის ჩადენის ფაქტის შესახებ გამამტყუნებელი განაჩენის გამოტანისა, საერთოდ არ დგება ამ პირის ნასამართლობა, ის არცერთი წამით არ არის ნასამართლობის მქონე და შესაბამისად, არ დგება ნასამართლობის მოხსნის ან გაქარწყლების საკითხი. სწორედ ამ შემთხვევებს გულისხმობს სსკ-ის 79-ე მუხლის მეორე ნაწილი, რაზედაც ვრცლად ქვემოთ ვისაუბრებთ. აქ კი შეიძლება აღვნიშნოთ, რომ პირის ნასამართლევად მიჩნევისათვის (ნასამართლობის დაწყებისათვის) საკმარისი არ არის მხოლოდ გამამტყუნებელი განაჩენის არსებობა, საკმარისი არ არის არც გამამტყუნებელი განაჩენის არსებობა და ამ განაჩენით სასჯელის დანიშვნა, არამედ პირის ნასამართლევად მიჩნევისათვის (ნასამართლობის საწყისი წერტილის ათვლისათვის) აუცილებელია არა მარტო გამამტყუნებელი განაჩენის არსებობა, არა მარტო ამ განაჩენით სასჯელის დანიშვნა, არამედ აუცილებელია დანიშნული სასჯელის მოხდის დაკისრება და მხოლოდ ამ შემთხვევაში დგება ნასამართლობის საკითხი (აქედან იწყება ნასამართლობის ვადის ათვლა).⁵

მიუხედავად იმ დანაშაულის სიმძიმისა, რისთვისაც პირი იქნა მსჯავრდებული, თუ მის მიმართ კანონით დადგენილი წესით სასამართლოს მიერ განაჩენითვე იქნა გამოყენებული სრული პირობითი მსჯავრდება, მისი ნასამართლობა კანონით დადგენილი წესით გაქარწყლდება გამოსაცდელი ვადის გასვლის შემდეგ (გამოსაცდელი ვადის გასვლისთანავე, გასვლასთან ერთად) და ამას არ სჭირდება

⁴ ხარვეზები და რეკომენდაციები სისხლის სამართლის მართლმსაჯულებაში, საქართველოს ახალგაზრდა იურისტთა ასოციაცია, თბ. 2012. 89.

⁵ Buzadj v. Republic of Moldova - 23755/07; 05.07.2016.

რაიმე ცალკე გადაწყვეტილება. ასევე, განაჩენით შეიძლება პირის მიმართ გამოყენებული იქნას თავისუფლების აღკვეთა ნაწილობრივ პირობით მსჯავრდებასთან კომბინაციაში, მაგალითად, პირს შეიძლება მიესაჯოს 9 წლით თავისუფლების აღკვეთა, დაეკისროს 6 წლის მოხდა, ხოლო დანარჩენი სამი წელი შეიძლება შეეცვალოს პირობითი მსჯავრდებით – 4 წლის გამოსაცდელი ვადით, ასეთ შემთხვევაშიც, მისი ნასამართლობა კანონით დადგენილი წესით გაქარწყლდება გამოსაცდელი ვადის გასვლის შემდეგ (გამოსაცდელი ვადის გასვლისთანავე, გასვლასთან ერთად) და ამას არ სჭირდება რაიმე ცალკე გადაწყვეტილება. ასევე, სასჯელის გარკვეული ნაწილის მოხდის შემდეგ, დარჩენილი თავისუფლების აღკვეთა კანონით დადგენილი წესით პირს შეიძლება შეეცვალოს პირობითი მსჯავრდებით, შესაბამისი გამოსაცდელი ვადით. ასეთ შემთხვევაშიც, მისი ნასამართლობა კანონით დადგენილი წესით გაქარწყლდება გამოსაცდელი ვადის გასვლის შემდეგ (გამოსაცდელი ვადის გასვლისთანავე, გასვლასთან ერთად) და ამას არ სჭირდება რაიმე ცალკე გადაწყვეტილება.⁶

სსკ-ის 79-ე მუხლის თანახმად, თავისუფლების აღკვეთაზე უფრო მსუბუქი სასჯელით მსჯავრდებულის ნასამართლობა გაქარწყლდება სასჯელის მოხდიდან ერთი წლის შემდეგ. ეს ნორმა გარკვეულ გაუგებრობას იწვევს სასჯელის სახით გამოყენებულ ჯარიმასთან მიმართებაში, კერძოდ: ჯარიმის „მოხდად“ უნდა ჩაითვალოს მისი გადახდის დღე. შესაბამისად, მხოლოდ ჯარიმამისჯილი პირის ნასამართლობა გაქარწყლდება ჯარიმის გადახდის დღიდან ერთი წლის გასვლის შემდეგ. მაგრამ პრობლემა ისაა, თუ პირმა საერთოდ არ გადაიხადა ჯარიმა. ის ხომ მთელი სიცოცხლე ვერ ჩაითვლება ნასამართლობის მქონედ? ვფიქრობ, ამ შემთხვევაში სასამართლომ უნდა იხელმძღვანელოს გამამტყუნებელი განაჩენის ხანდაზმულობის გამო სასჯელის მოხდისაგან გათავისუფლებისათვის სსკ -ის 76-ე მუხლით დადგენილი რეგულაციებით. აგრეთვე გათვალისწინებული უნდა იქნას სააღსრულებო წარმოებასთან დაკავშირებით არსებული რეგულაციები (მიმდინარეობდა თუ არა სააღსრულებო წარმოება, ხომ

⁶ ტურავა მ., სისხლის სამართლის ზოგადი ნაწილი, მეცხრე გადაშუშავებული გამოცემა, თბ. 2010, 301.

არ შეწყდა იგი პირის არაფრისმქონედ აღიარებისა და აღსრულების შეუძლებლობის გამო, ან სახეზე ხომ არ არის დანაშაული — სასამართლო გადაწყვეტილების შეუსრულებლობა და ა. შ.).⁷

განვიხილოთ საკითხი სასჯელის სახით დანიშნულ თავისუფლების აღკვეთასთან მიმართებაში. კანონმდებელი მიუთითებს, რომ თუ მსჯავრდებული კანონით დადგენილი წესით სასჯელის მოხდისაგან ვადამდე იქნა გათავისუფლებული, ნასამართლობის გაქარწყლების ვადა გამოითვლება სასჯელის ფაქტობრივად მოხდილი ვადიდან. მაგალითად, ვთქვათ პირი მსჯავრდებული იქნა განსაკუთრებით მძიმე დანაშაულის ჩადენისათვის და მიესაჯა თავისუფლების აღკვეთა 12 წლის ვადით. თუ იგი სრულად მოიხდის სასჯელს, მისი ნასამართლობის გაქარწყლების რვანლიანი ვადის ათვლა დაიწყება სასჯელის სრულად მოხდის (მარტივად რომ ვთქვათ, სასჯელალსრულების დაწესებულებიდან გათავისუფლების) დღიდან. სწორედ იმავეს ამბობს კანონმდებელი იმ შემთხვევაზე, როდესაც ეს მსჯავრდებული ვადამდე იქნა გათავისუფლებული სასჯელის (შემდგომი) მოხდისაგან. კერძოდ, თუ იგი კანონით დადგენილი წესით სასჯელის მოხდისაგან გათავისუფლდა ვთქვათ, ცხრა წლის მოხდის შემდეგ, ამ შემთხვევაშიც მისი ნასამართლობის გაქარწყლების რვანლიანი ვადის ათვლა დაიწყება სასჯელის შემდგომი მოხდისაგან გათავისუფლების (მარტივად რომ ვთქვათ, სასჯელალსრულების დაწესებულებიდან გათავისუფლების) დღიდან და არა იმ დღიდან, როდესაც იგი სრულად მოიხდიდა სასჯელს, რომ არ გათავისუფლებულიყო სასჯელის შემდგომი მოხდისაგან, ანუ სასჯელის სრულად მოხდამდე სამი წლით ვადაზე ადრე გათავისუფლების მიუხედავად, მისი ნასამართლობის გაქარწყლების ვადა რჩება კანონით დადგენილი რვა წელი და მას არ „ემატება“ ის სამი წელი, რომელიც მას ეპატია კანონით დადგენილი წესით.⁸

მომდევნო წესი, რასაც სსკ-ის 79-ე მუხლის მე-4 ნაწილი ადგენს, ასეთია: თუ მსჯავრდებულს კანონით დადგენილი წესით სასჯელის

⁷ დვალიძე, ი., სასჯელი და დანაშაულის სხვა სისხლისსამართლებრივი შედეგები. თბ. 2013, 17.

⁸ ჯორბენაძე ო., ნასამართლობის მოხსნა და გაქარწყლება, ჟ. “მართლმსაჯულება და კანონი” №2/3, 2015, 63.

მოუხდელი ნაწილი შეეცვალა უფრო მსუბუქი სახის სასჯელით, ნასამართლობის გაქარწყლების ვადა გამოითვლება უფრო მსუბუქი სახის სასჯელის მოხდის მომენტიდან.

თუ საკითხს განვიხილავთ ზემოთ მოტანილი მაგალითის საფუძველზე, მივიღებთ შემდეგ სიტუაციას: თუ მსჯავრდებულს განაჩენით დანიშნული 12-წლიანი თავისუფლების აღკვეთიდან ცხრა წლის გასვლის შემდეგ დარჩენილი სასჯელი (სამი წლით თავისუფლების აღკვეთა) შეეცვალა უფრო მსუბუქი სასჯელით, მაშინ მოქმედებს ნასამართლობის გაქარწყლების ვადის ათვლის ის წესი, რაც დადგენილია იმ უფრო მსუბუქი სასჯელისათვის, რომლითაც მსჯავრდებულს შეეცვალა დარჩენილი თავისუფლების აღკვეთა. ნასამართლობის გაქარწყლების ვადის გამოთვლისას გამოიყენება სსკ-ის 79-ე მუხლის მე-3 ნაწილის „ბ“ ქვეპუნქტი, რომლის მიხედვით, თავისუფლების აღკვეთაზე უფრო მსუბუქი სასჯელით მსჯავრდებულის ნასამართლობის ვადა გაქარწყლდება სასჯელის მოხდიდან ერთი წლის შემდეგ, ანუ ამ პირის ნასამართლობა გაქარწყლდება იმ სასჯელის მოხდიდან ერთი წლის შემდეგ, რომლითაც მას შეეცვალა დარჩენილი თავისუფლების აღკვეთა.

ასევე, საინტერესოა ძირითადი და დამატებითი სასჯელების კომბინაციისას ნასამართლობის გაქარწყლების საკითხი. მაგალითად, ვთქვათ განაჩენით ნაკლებად მძიმე კატეგორიის დანაშაულისათვის მსჯავრდებულს მიესაჯა ძირითადი სასჯელის სახით – ორი წლით თავისუფლების აღკვეთა და დამატებითი სასჯელის სახით – ჯარიმა 1000 ლარის ოდენობით. ამ შემთხვევაში მოქმედებს ნასამართლობის გაქარწყლებისათვის ორივე სასჯელისათვის დადგენილი ვადა ცალ-ცალკე, ანუ პირმა უნდა მოიხადოს ორივე სასჯელი და ამის მიხედვით გამოიანგარიშება ნასამართლობის გაქარწყლების ვადები. კერძოდ, სსკ-ის 79-ე მუხლის მე-3 ნაწილის „გ“ ქვეპუნქტის თანახმად, ნაკლებად მძიმე დანაშაულისათვის თავისუფლების აღკვეთით მსჯავრდებულის ნასამართლობა გაქარწყლდება სასჯელის მოხდიდან (სასჯელალსრულების დაწესებულებიდან გათავისუფლებიდან) სამი წლის შემდეგ, მაგრამ ვინაიდან მას დაკისრებული აქვს ჯარიმაც, უნდა გადაიხადოს ჯარიმაც და სსკ-ის 79-ე მუხლის მე-3 ნაწილის „ბ“

ქვეპუნქტით, ამ შემთხვევაში მისი ნასამართლობის გაქარწყლებისათვის დადგენილია სასჯელის მოხდიდან (ჯარიმის გადახდიდან) ერთი წელი. ასეთ შემთხვევაში ჩვენი აზრით, ჯარიმის დროულად გადახდის შემთხვევაშიც არ გაქარწყლდება ამ პირის ნასამართლობა, ვიდრე არ გავა კანონით დადგენილი ზემოაღნიშნული სამწლიანი ვადა ძირითადი სასჯელის (თავისუფლების აღკვეთის) მოხდიდან, ხოლო თუ ჯარიმა საერთოდ არ იქნა გადახდილი ან გადახდილი იქნა თავისუფლების აღკვეთის მოხდიდან სამი წლის შემდეგ, მაშინ ჩვენი აზრით, გამოყენებული უნდა იქნას ის წესი, რაზედაც ზემოთ ვისაუბრეთ, კერძოდ, ჯარიმის „მოხდად“ უნდა ჩაითვალოს მისი გადახდის დღე, შესაბამისად, ჯარიმამისჯილი პირის ნასამართლობა გაქარწყლდება ჯარიმის გადახდის დღიდან ერთი წლის გასვლის შემდეგ. მაგრამ პრობლემაა, თუ პირმა საერთოდ არ გადაიხადა ჯარიმა. ის ხომ მთელი სიცოცხლე ვერ ჩაითვლება ნასამართლობის მქონედ? ვფიქრობთ, ამ შემთხვევაში სასამართლომ უნდა იხელმძღვანელოს გამამტყუნებელი განაჩენის ხანდაზმულობის გამო სასჯელის მოხდისაგან გათავისუფლებისათვის სსკ-ის 76-ე მუხლით დადგენილი რეგულაციებით.⁹

უნდა აღინიშნოს, რომ ამ ნორმის არასწორი განმარტებით ხდება ნასამართლობის გაქარწყლებისა და მოხსნის ცნებების და ინსტიტუტების ერთმანეთში აღრევა, არადა ისინი აბსოლუტურად სხვადასხვა ინსტიტუტებია. ნასამართლობის გაქარწყლება ხდება წმინდა კალენდარულად, გარკვეული ვადის გასვლით და ამის შესახებ არ ხდება ვინმეს მიერ გადაწყვეტილების მიღება, ხოლო ნასამართლობის მოხსნის შესახებ საჭიროა უფლებამოსილი ორგანოს ან/და პირის მიერ სპეციალური გადაწყვეტილების მიღება.¹⁰

მოკლედ რომ ვთქვათ, თუ პარლამენტს სურს, რომ ამა თუ იმ ქმედების ამნისტირების შემთხვევაში მისი ჩამდენი ამავედროულად მიჩნეული იქნას ნასამართლობის არმქონედაც, მან ამის შესახებ პირდაპირ უნდა მიუთითოს ამნისტიის შესახებ კანონში და თუ არ

⁹ ცქიტიშვილი თ., ნიგნში: სისხლის სამართლის კანონმდებლობის ლიბერალიზაციის ტენდენციები საქართველოში, რედ. ნ. თოდუა, თბ. 2016, გვ. 524.

¹⁰ მჭედლიძე ნ., საქართველოში ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის გამოყენება და ეროვნული კანონმდებლობისა და სასამართლო პრაქტიკის შესაბამისობაში მოყვანა. თბ. 2017, გვ. 75.

მიუთითა ე. ი. არ იყენებს თავის უფლებას ნასამართლობის მოხსნის შესახებ. სსკ-ის 77-ე მუხლის მე-3 ნაწილში პირდაპირაა მითითებული, რომ პირს ამნისტიის აქტით შეიძლება მოეხსნას ნასამართლობა. აღსანიშნავია, რომ საქართველოს სინამდვილეში არსებობს ამნისტიის შესახებ კანონები, რომელიც პირდაპირ უთითებს ნასამართლობის მოხსნის შესახებაც ან უთითებს, რომ ამნისტირებული პირების ნასამართლობის საკითხი გადაწყდეს კანონით დადგენილი საერთო წესით. მაგალითად, საქართველოს რესპუბლიკის 1995 წლის 2 ივნისის ამნისტიის შესახებ კანონის მე-6 მუხლი პირდაპირ უთითებს ამ კანონის საფუძველზე სასჯელისაგან გათავისუფლებულ პირებს... ნასამართლობა მოეხსენებათ კანონით დადგენილი წესით. ასევე, 2000 წლის 28 დეკემბრის საქართველოს კანონი ამნისტიის შესახებ უთითებს სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობისა და სასჯელის მოხდისაგან გათავისუფლებულ პირს მოეხსნას ნასამართლობა (მუხლი 6). ასევე 2008 წლის 21 ნოემბრის საქართველოს კანონი ამნისტიის შესახებ მე-3 მუხლში პირდაპირ უთითებს, რომ ამ კანონის საფუძველზე სასჯელისაგან გათავისუფლებულ პირებს ნასამართლობა მოეხსენებათ საქართველოს კანონმდებლობით დადგენილი წესით.

ზემოაღნიშნული მაგალითები კიდევ ერთხელ ადასტურებს მოსაზრებას, რომ ამნისტიის შესახებ კანონი ავტომატურად არ იწვევს ნასამართლობის მოხსნას („გაქარწყლებას“), თუ ამის შესახებ პირდაპირ არაა მითითებული ამნისტიის შესახებ კანონში.

ანალოგიურად, თუ პრეზიდენტს სურს, რომ ამა თუ იმ პირის შეწყალების შემთხვევაში, იგი ამავდროულად მიჩნეული იქნას ნასამართლობის არმქონედაც, ამის შესახებ პირდაპირ უნდა მიუთითოს შეწყალების აქტში და თუ არ მიუთითა ე. ი. იგი არ იყენებს თავის უფლებას ნასამართლობის მოხსნის შესახებ. სსკ-ის 78-ე მუხლის მე-3 ნაწილში პირდაპირაა მითითებული, რომ პირს შეწყალების აქტით შეიძლება მოეხსნას ნასამართლობა. ანუ ნასამართლობის მოხსნა პრეზიდენტის უფლებაა და არა ვალდებულება.

ნასამართლობა და რესოციალიზაცია

რესოციალიზაცია სასჯელის ერთ-ერთი ძირითადი მიზანია. შესაბამისად ნებისმიერი სასჯელის მოხდის შემდეგ პირი საზოგადოებას უნდა დაუბრუნდეს, როგორც ღირსეული წევრი და შეძლოს საზოგადოებაში ინტეგრაცია.

თანამედროვე საზოგადოებაში ეს მიზანი ხშირ შემთხვევაში მხოლოდ ფარატიანა ქალაქზე დეკლარირებული პოსტულატია, რადგან დამსაქმებელს ხშირად არ სურს, რომ სამსახურში აიყვანოს ისეთი პირი, რომელიც წარსულში ნასამართლევია. ნასამართლევი პირებისადმი ხშირია დისკრიმინაციული დამოკიდებულება შრომით თუ სხვადასხვა სამართლებრივ ურთიერთობებში.¹¹

კრიმინოლოგიაში ამ საკითხთან დაკავშირებით ჩამოყალიბებულია ეტიკეტირების თეორია. ეტიკეტირების თეორიის თანახმად, დამნაშავედ გახდომის შემდეგი ეტაპები არსებობს:

1) პირველად ჩადენილი დანაშაული 2) საზოგადოებაში დამნაშავის ინტეგრირების პრობლემა 3) დამნაშავის მიერ მისი სტატუსის აღიარება 4) კრიმინალად ჩამოყალიბება 5) განმეორებითი დანაშაულის ჩადენა.¹²

გარდა ამისა, პრობლემა გვაქვს მოზარდებთან, რომელსაც მატერიალურად უჭირთ, არ სწავლობენ და უმეტეს დროს ქუჩაში ატარებენ. ფულის შოვნის ხერხებიც ძირითადად კანონსაწინააღმდეგოა. ისინი ჩადიან დანაშაულს მართალია გაჭირვები გამო, მაგრამ მაინც. თუკი პატრულის მხრიდან არ მოხდა დანაშაულზე რეაგირება, ისინი თავიანთ ძალას და უპირატესობას გრძნობენ და უფრო დიდ რისკზეც მიდიან, ხოლო თუკი მოხდა მისი დაკავება, და მოზარდის მიერ დანაშაულის ჩადენა საზოგადოებისათვის ცნობილი გახდა, ხდება მისი ერთგვარი გარიყვა საზოგადოებიდან, რომელიც ზურგს აქცევს მას. სამაგიეროდ, იგი სხვა წრეებში ჰპოვებს აღიარებას და ახლადგაჩენილ მეგობრებთან ერთად ახალი დანაშაულისთვის ემზადება.

¹¹ ტრექსელი შ., ადამიანის უფლებები სისხლის სამართლის პროცესში. თბ. 2010, გვ. 495.

¹² შალიკაშვილი მ., კრიმინოლოგია, მეორე გადამუშავებული გამოცემა, თბ. 2014, გვ. 44.

როცა დამსაქმებელი პირს არ აძლევს სამსახურს მხოლოდ იმის გამო, რომ იგი ნასამართლევა, შეიძლება განვიხილოთ როგორც დასაქმებულის მიმართ განხორციელებული დისკრიმინაციული მოპყრობა. ამ პრობლემასთან ბრძოლა მარტივი სულაც არაა.

პირველ რიგში, უნდა ვთქვათ, რომ პირის ნასამართლობის საკითხი უნდა მივაკუთვნოთ პირის პირად საიდუმლოს. პირადი საიდუმლო კი უნდა იყოს დაცული. დამსაქმებელს უნდა ჰქონდეს ნასამართლობის შესახებ ინფორმაციის მოთხოვნისა და მიღების უფლება იმ ფარგლებში, რა ფარგლებიც სამუშაოს ეხება. მაგალითად პოტენციურ ბუღალტერს ჩადენილი აქვს თუ არა ეკონომიკური ან ფულად საკრედიტო სისტემაში ჩადენილი დანაშაული და ასე შემდეგ. უნდა განისაზღვროს ლეგიტიმური მიზანი, რა მიზნითაც შეიძლება დამსაქმებელმა პირის შესახებ მოიპოვოს ინფორმაცია.

ნასამართლობა არის ერთ-ერთი მიზეზი, რომლის გამოც პირს შეიძლება უარი ეთქვას ოჯახის გაერთიანების უფლების განხორციელებაზე. რიგი სახელმწიფოებისა (ფინეთი, იტალია, ჩეხეთი) არ ითვალისწინებს ჩადენილი დანაშაულის სიმძიმეს, ვინაიდან ნასამართლობის არსებობა საკმარისი მიზეზია უარყოფითი გადაწყვეტილების მისაღებად. საქართველოს კანონმდებლობის მიხედვით კი, პირს შეიძლება უარი ეთქვას ბინადრობის ნებართვის გაცემაზე, თუ პირი მსჯავრდებულია შესაბამისი განცხადების წარდგენამდე ბოლო ხუთი წლის განმავლობაში მძიმე დანაშაულისთვის, ამასთან თუ ეს ნასამართლობა მოხსნილი და გაქარწყლებული არაა. ამდენად, საქართველოს კანონმდებლობით მხოლოდ მძიმე დანაშაულისთვის მსჯავრდებულ პირს შეიძლება უარი ეთქვას ბინადრობის ნებართვაზე. ქართული კანონმდებლობა ამ კუთხით ევროპულთან შედარებით გაცილებით ლიბერალურია. აღსანიშნავია, რომ ბინადრობის ნებართვის მისაღებად წარსადგენი დოკუმენტების ჩამონათვალში არაა შეტანილი ნასამართლობის შესახებ ცნობა. ადმინისტრაციული ორგანო ინკვიზიციურად აწარმოებს თავად ამ საკითხზე მოკვლევას, კერძოდ, სახელმწიფო სერვისების განვითარების სააგენტო მიმართავს შინაგან საქმეთა სამინისტროს საინფორმაციო ანალიტიკურ დეპარტამენტს. ადმინისტრაციული წარმოების ეკონომიურობის პრინციპიდან გამომ-

დინარე, უკეთესი იქნებოდა კანონმდებელს გაეთვალისწინებინა დოკუმენტების ჩამონათვალში ნასამართლობის შესახებ ცნობა.¹³

ნასამართლობა და სასამართლო პრაქტიკა

2014 წლის 30 ივლისს პირს წარედგინა ბრალდება საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსის 273-ე მუხლით. პროკურორმა შუამდგომლობით მიმართა რუსთავის საქალაქო სასამართლოს და ითხოვა ბრალდებულის მიმართ აღკვეთის ღონისძიების სახით პატიმრობის გამოყენება.¹⁴

რუსთავის საქალაქო სასამართლოს მოსამართლემ მიიჩნია, რომ არსებობდა ბრალდებულის მიმართ აღკვეთის ღონისძიების გამოყენების როგორც ფაქტობრივი, ისე ფორმალური (საპროცესო) საფუძვლები, რასაც არ ეთანხმება თბილისის სააპელაციო სასამართლოს საგამოძიებო კოლეგია და მიაჩნია, რომ სახეზე არ არის აღნიშნული პირისთვის ბრალდების წარსადგენად და მის მიმართ აღკვეთის ღონისძიების გამოსაყენებლად საკმარისი სამართლებრივი საფუძვლები. კერძოდ, წარმოდგენილი საქმის მასალებით დადგენილია და საჩივრის ზეპირი მოსმენით განხილვისას დაზუსტდა, რომ პირს სსკ-ის 273-ე მუხლით გათვალისწინებული დანაშაულის ჩადენისთვის ბრალდება წარედგინა წარკოტიკული საშუალების ექიმის დანიშნულების გარეშე უკანონოდ მოხმარებისთვის, როგორც ამ დანაშაულისთვის ნასამართლევი პირს.

პროკურორმა დააზუსტა, რომ ბრალდებული რუსთავის საქალაქო სასამართლოს 2010 წლის 08 სექტემბრის განაჩენით ცნობილ იქნა დამნაშავედ სსკ-ის 273-ე მუხლით გათვალისწინებული დანაშაულის ჩადენისთვის და სასჯელის სახედ და ზომად განესაზღვრა თავისუფლების აღკვეთა ექვსი თვის ვადით. საქართველოს პრეზიდენტის 2010 წლის 23 ნოემბრის N1089 განკარგულებით, მსჯავრდებული

¹³ მარინაშვილი მ., „ოჯახის გაერთიანების უფლების ეროვნული და საერთაშორისო სტანდარტები“, წიგნში: ადამიანის უფლებების დაცვა და სახელმწიფოს ვალდებულებები, თბ. 2019, გვ. 156.

¹⁴ ქ. თბილისის სააპელაციო სასამართლოს განჩინება, საქმე №-1გ/758.

შენწყალბულ იქნა და გათავისუფლდა საპატიმრო სასჯელის შემდგომი მოხდისაგან. როგორც პროკურორმა განმარტა, შეწყალების აქტში არ არის მითითება ნასამართლობის მოხსნაზე, რაც იმას ნიშნავს, რომ საპატიმრო სასჯელის მოხდისაგან გათავისუფლებული პირი თავისუფლების აღკვეთის დაწესებულებიდან გათავისუფლების შემდეგაც ითვლებოდა ნასამართლევ პირად და მის მიმართ ჩვეულებრივი წესით მიმდინარეობდა ნასამართლობის გასაქარწყლებლად კანონით დადგენილი სამწლიანი ხანდაზმულობის ვადის დინება.

მისივე განმარტებით, კანონით გათვალისწინებული ხანდაზმულობის ვადის გასვლამდე, 2012 წლის 13 ნოემბერს, პირმა, რომელიც ჯერ კიდევ ითვლებოდა სსკ-ის 273-ე მუხლით გათვალისწინებული დანაშაულისთვის ნასამართლევ პირად, ექიმის დანიშნულების გარეშე კვლავ უკანონოდ მოიხმარა ნარკოტიკული საშუალება, რაც ინვეცს სისხლისსამართლებრივ პასუხისმგებლობას.

თბილისის სააპელაციო სასამართლოს საგამოძიებო კოლეგია არ ეთანხმება პირველი ინსტანციის სასამართლოს დასკვნებს და საჩივრის ზეპირი მოსმენით განხილვისას ბრალდების მხარის წარმომადგენლის მიერ გამოთქმულ მოსაზრებებს და განმარტავს, რომ პირს არ უნდა წარდგენოდა ბრალდება ზემოაღნიშნული დანაშაულის ჩადენისთვის და შესაბამისად, მის მიმართ არ უნდა გამოყენებულიყო აღკვეთის ღონისძიება, ვინაიდან 2012 წლის 13 ნოემბერს ანუ ნარკოტიკული საშუალების ექიმის დანიშნულების გარეშე უკანონოდ მოხმარების დროს, ის აღარ ითვლებოდა საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსის 273-ე მუხლით ნასამართლევ პირად. მას პრეზიდენტის ზემოაღნიშნული შეწყალების აქტის შემდეგ ავტომატურად მოეხნა ნასამართლობა. აქედან გამომდინარე, 2012 წლის 13 ნოემბერს ჩადენილი ქმედებისთვის მას შეიძლებოდა დაკისრებოდა პასუხისმგებლობა როგორც ადმინისტრაციული სამართალდარღვევის ჩამდენ პირს და არა როგორც სსკ-ის 273-ე მუხლით ნასამართლევ სუბიექტს.

კოლეგია განმარტავს, რომ სსკ-ის 79-ე მუხლის თანახმად, მსჯავრდებული ნასამართლევად ითვლება გამამტყუნებელი განაჩენის კანონიერ ძალაში შესვლის დღიდან ნასამართლობის გაქარ-

წყლების ან მოხსნის მომენტამდე. ამავე მუხლის მე-2 ნაწილის შესაბამისად, სასჯელისაგან გათავისუფლებული ითვლება ნასამართლობის არმქონედ. ხსენებული მუხლის მე-6 ნაწილის მიხედვით კი, გაქარწყლებული ან მოხსნილი ნასამართლობა მხედველობაში არ მიიღება სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობის, დანაშაულის კვალიფიკაციის და სისხლისსამართლებრივი ზემოქმედების ღონისძიების საკითხის გადაწყვეტისას.¹⁵ ზემოაღნიშნულიდან გამომდინარე, საგამოძიებო კოლეგიას მიაჩნია, რომ ვინაიდან პირი პრეზიდენტის შეწყალების აქტის საფუძველზე გათავისუფლდა საპატიმრო სასჯელის შემდგომი მოხდისაგან (მას სხვა დამატებითი სასჯელი ან პირობითი მსჯავრი არ ჰქონია), სსკ-ის 79-ე მუხლის მე-2 ნაწილის თანახმად, იგი ვეღარ ჩაითვლებოდა ნასამართლევად, ითვლებოდა ნასამართლობის არმქონედ და შესაბამისად, არ არსებობდა მის მიმართ სსკ-ის 273-ე მუხლით ბრალდების წარდგენის და აღკვეთის ღონისძიების გამოყენების ფაქტობრივი საფუძველი.

საჩივრის ავტორის განმარტებაზე, თითქოს პრეზიდენტის შეწყალების განკარგულება არ შეიცავდა დათქმას ნასამართლობის მოხსნასთან დაკავშირებით და პირი ბრალდებით გათვალისწინებული ქმედების ჩადენის მომენტისთვის ითვლებოდა ნასამართლევად, საგამოძიებო კოლეგია აღნიშნავს, რომ ქმედების სწორი სამართლებრივი შეფასება ამ შემთხვევაში არ საჭიროებს არანაირი დათქმების არსებობას ან არარსებობას. პრეზიდენტის შეწყალების განკარგულების შინაარსი უნდა განიმარტოს მხოლოდ კანონის შესაბამისად და არა მასში რაიმე დათქმების არსებობის ან არარსებობის გათვალისწინებით. სსკ-ის 79-ე მუხლის მე-2 ნაწილი ცალსახად და ერთმნიშვნელოვნად, იმპერატიული წესით უთითებს, რომ სასჯელისაგან გათავისუფლებული ითვლება ნასამართლობის არმქონედ. პრეზიდენტის შეწყალების აქტით მ. შ. გათავისუფლდა სასჯელისაგან. შესაბამისად, 2012 წლის 13 ნოემბრისთვის იგი აღარ ითვლებოდა ნასამართლევად.

ზემოაღნიშნულთან დაკავშირებით, საგამოძიებო კოლეგია დამატებით განმარტავს, რომ საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსი ერთმანეთისაგან განასხვავებს „სასჯელმოხდილის“ და „სასჯელისა-

¹⁵ <http://library.court.ge/judgements/75632014-08-08.pdf>

გან გათავისუფლებულს“ ტერმინებს. სსკ-ის 77-ე და 78-ე მუხლები მიუთითებს, რომ „სასჯელმოხდის ამნისტიის (შენწყალების) აქტით შეიძლება მოეხსნას ნასამართლობა“. ამ დათქმით კანონმდებელი მოიაზრებს ისეთ შემთხვევებს, როდესაც პირმა მოიხადა სასჯელი, ჯერ არ ჰქონდა გაქარწყლებული ან მოხსნილი ნასამართლობა, ითვლებოდა ნასამართლევად და ნასამართლობა მოეხსნა სპეციალურად გამოცემული შეწყალების ან ამნისტიის აქტით. სსკ-ის 79-ე მუხლის მე-2 ნაწილის მიხედვით კი ის, ვინც გათავისუფლდა სასჯელისაგან, მათ შორის შეწყალების ან ამნისტიის აქტის საფუძველზე, ავტომატურად ითვლება ნასამართლობის არმქონედ და ამისთვის საჭირო არ არის შეწყალების (ამნისტიის) აქტში სპეციალური დათქმის არსებობა ნასამართლობის მოხსნასთან დაკავშირებით. ე.ი. კანონის განმარტებიდან გამომდინარე, მ. შ. ვერ ჩაითვლებოდა ნასამართლევად, რადგან იგი პრეზიდენტის შეწყალებით გათავისუფლდა სასჯელისაგან და იმავდროულად მას მოეხსნა ნასამართლობაც.

საჩივრის ზეპირი მოსმენით განხილვისას პროკურორმა აღნიშნა, რომ ბრალდებული ნასამართლევად ითვლებოდა სსკ-ის 79-ე მუხლის მე-4 ნაწილის შესაბამისად, სადაც ჩანერილია: „თუ მსჯავრდებული კანონით დადგენილი წესით სასჯელის მოხდისაგან ვადამდე იქნა გათავისუფლებული ან თუ მას სასჯელის მოუხდელი ნაწილი შეეცვალა უფრო მსუბუქი სასჯელით, ნასამართლობის გაქარწყლების ვადა შესაბამისად გამოითვლება სასჯელის ფაქტობრივად მოხდილი ვადიდან ან უფრო მსუბუქი სახის სასჯელის (ძირითადი და დამატებითი) მოხდის მომენტიდან“. აღნიშნულთან დაკავშირებით, საგამოძიებო კოლეგია განმარტავს, რომ მოცემულ შემთხვევაში, სსკ-ის 79-ე მუხლის მე-4 ნაწილზე აპელირება არასწორია, ვინაიდან ბრალდებულის გათავისუფლება არ მომხდარა არც პირობით ვადამდე გათავისუფლების გზით და მას არც სასჯელის მოუხდელი ნაწილი შეეცვლია უფრო მსუბუქი სასჯელით. იგი გათავისუფლდა სასჯელისაგან საქართველოს პრეზიდენტის 2010 წლის 23 ნოემბრის N1089 შეწყალების განკარგულებით. გათავისუფლების ეს პროცედურა ცალსახად ესადაგება საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსის 79-ე მუხლის მე-2 მუხლით გათვალისწინებულ დათქმას და ამკარა წინააღმდე-

გობაშია ამავე მუხლის მე-4 ნაწილით გათვალისწინებულ შემთხვევებთან, რაზეც არასწორად აქცენტირებდა პროკურორი საჩივრის განხილვისას.

დასკვნა

ნასამართლობა ერთ-ერთი ფუნდამენტური ინსტიტუტია სისხლის სამართალში. მას მრავალი ასპექტი გააჩნია სისხლისსამართლებრივი თუ კრიმინოლოგიური თვალსაზრისით. იგი მიბმულია არაერთ სისხლის სამართლებრივ ინსტიტუტთან და შესაბამისად უდიდეს გავლენას ახდენს პასუხისმგებლობის საკითხზე.

სამართლის თეორიის მიხედვით იგი არსია, ფაქტია, მოცემულობაა, რომელიც არ შეიცვლება, უბრალოდ ფიქციურად შეიძლება იგი შეიცვალოს იმ დროის გასვლის შემდეგ, რა დროცაა გათვალისწინებული კანონმდებლის მიერ ხანდაზმულობის ვადად. აგრეთვე ვადამდე ამნისტიის აქტივაცა შეიძლება ნასამართლობის მოხსნა.

ეს ინსტიტუტები სამართლის უდიდესი მონაპოვარია და არ შეიძლება მას აღვიქვამდეთ ნეგატიურად. მათ უდიდესი მნიშვნელობა აქვთ პასუხისმგებლობის საკითხთან დაკავშირებით.

სისხლის სამართალი არის ერთი დიდი სისტემა და თითოეული ინსტიტუტი მის შემკვრელ ჯაჭვს წარმოადგენს. უნდა აღვნიშნოთ, რომ ისინი ერთმანეთთანაა გადაბმული. ნასამართლობა დაკავშირებულია სასჯელთან, სასჯელი - დანაშაულთან.¹⁶

ნასამართლობის ფენომენი მუდამ საინტერესო იყო, არის და იქნება. იგი არაერთი მეცნიერის კვლევის საგანია და მას არაერთი საინტერესო გამოკვლევა ეძღვნება. მართალია, ნასამართლობა ნეგატიური ფაქტი და ლაქაა ადამიანის ცხოვრებაში, მაგრამ იგი არ უნდა გახდეს ადამიანის დისკრიმინაციის საფუძველი. ეს ადამიანის ძირითად და ფუნდამენტურ უფლებებს ეწინააღმდეგება.

¹⁶ ხუცურაული ი., ჩეზარე ბეკარია დანაშაულისა და სასჯელისათვის. თბ. 1999, 102.

Prof. Dr. Udo Ebert

Grußwort

zur Festschrift für Frau Prof. Dr. Ketewan Mtschedlischwili-
Hädrich

zu ihrem 60. Geburtstag

Als Studentin in meinen strafrechtlichen Lehrveranstaltungen zeichnete Frau Ketewan Mtschedlischwili-Hädrich sich vor anderen Studenten durch ihr lebhaftes Interesse, ihre Aufgeschlossenheit, ihre Couragiertheit und ihre guten Umgangsformen aus. Wegen dieser Eigenschaften sowie wegen ihrer intellektuellen Fähigkeiten, ihres Fleißes und ihrer zupackenden Art habe ich Frau Mtschedlischwili-Hädrich dann als Wissenschaftliche Mitarbeiterin an meinem Lehrstuhl besonders geschätzt.

Mit Interesse und Bewunderung habe ich ihren übrigen Lebenslauf zur Kenntnis genommen, wie sie ihn in ihrer wissenschaftlichen Autobiographie „Mein Weg zum deutschen Strafrecht“ geschildert hat und wie ich ihn teilweise auch selbst miterleben konnte. Ihre Lebensreise durch verschiedene Staaten, politische Systeme und Rechtsordnungen hat ihr einen Erfahrungsschatz und eine Perspektivenvielfalt eingebracht, die in Verbindung mit dem ihr eigenen Urteilsvermögen und Reflexionsniveau reiche Früchte getragen haben und weiter tragen werden, zum Nutzen beider Rechtskulturen, der georgischen und der deutschen.

In ihrem Leben kommt alles zu seinem Recht: die Familie (sowohl die georgische als auch die deutsche), die Wissenschaft als Beruf und die alles durchdringenden sozialen Beziehungen. Man spürt die Souveränität und Freude, mit denen Frau Mtschedlischwili-Hädrich sich in allen diesen Bereichen bewegt. Ich gratuliere ihr zu ihrem 60. Geburtstag und wünsche ihr für ihr weiteres berufliches und privates Leben von Herzen alles Gute.

Grußwort

zur Festschrift für Professorin Dr. Ketewan Mtschedlischwili-
Hädrich

zu ihrem 60. Geburtstag

Als „Doktorvater“ von Ketewan Mtschedlischwili-Hädrich freut es mich sehr, ihr auf diesem Weg meine herzlichsten Glückwünsche zu ihrem 60. Geburtstag zum Ausdruck bringen zu können. Dabei gehen die Gedanken auf die Neunzigerjahre zurück, als sie erstmals nach Freiburg kam und mit der Bitte an mich herantrat, unter meiner Betreuung zu einem rechtsvergleichenden Thema promovieren zu dürfen. Meine Bereitschaft dazu fiel mir nicht schwer: so zum einen in persönlicher Hinsicht, weil ich von ihrem von Freundlichkeit geprägten Forschungsseifer beeindruckt war, der sich auch nicht durch die für eine fremdsprachige Doktorandin beträchtlich erhöhte Schwierigkeit einer in deutscher Sprache abzufassenden Dissertation abschrecken ließ; und zum anderen auch in fachlicher Hinsicht, da schnell ein beiderseits interessantes Thema zu finden war, nämlich zu dem aus westeuropäischer Strafrechtstradition kritisch gesehenen Verbrechenselement materieller Gesellschaftsgefährlichkeit sozialistischer Provenienz. Was Ketewan dazu vornehmlich aus georgischer Sicht sowohl rechtshistorisch weit zurückgehend als auch die sozialistische Verbrechenstheorie tiefgründig analysierend vorgelegt hat, machte ihr als erster Doktorandin aus dem postsowjetischen Raum alle Ehre. Dass sie sich damit auch eine exzellente Grundlage für eine erfolgreiche akademische Karriere verschaffen konnte, und dabei insbesondere, wie mir berichtet wurde, für strafrechtliche Lehrmaterialien von bis dahin in Georgien nicht bekannter Art, ist natürlich auch für mich ein Grund zur Freude.

Nachdem in den Folgejahren die große Entfernung von Jena nur noch briefliche oder telefonische Kontakte zugelassen hatte, kam es im Mai 2018 auf einer Medizinrechtstagung in Würzburg zu einem überraschenden Wiedersehen. Dabei war es für mich auch neu und erfreulich zu erfahren, dass sich Ketewan inzwischen auch auf diesem Rechtsgebiet engagiert. Aufgeschlossen und wagemutig, wie ich sie in Erinnerung hatte und wie sie nun bestrebt war, die Erkenntnisse des modernen Medizin-

rechts auch in Georgien bekannt zu machen, entwickelte sie bereits bei dieser Tagung die Idee zu einem ähnlichen interdisziplinärem Kolloquium in Tiflis. Dank ihrer Durchsetzungskraft wurde dieser Plan denn auch schon im Juli 2019 zu einer denkwürdigen Realität. Für meine Frau und mich wurde der Reiz dieser Reise zudem durch die gastfreundliche Betreuung erhöht, mit der uns Ketewan in verständlichem Stolz auf ihre Heimat dessen Natur und Kultur nahebrachte.

So gibt es viele Gründe, der verehrten Jubilarin von ganzem Herzen Dank zu sagen: wie vor allem für ihren rechtsvergleichenden Brückenschlag zwischen der georgischen und der deutschen Strafrechtswissenschaft, für ihre didaktisch neuartigen Publikationen zur Strafrechtslehre, für ihre Erweiterung des Blickfelds auf das Medizinstrafrecht sowie nicht zuletzt für ihren stets liebenswürdigen Umgang mit Freunden, Kolleginnen und Kollegen. Umso mehr ist ihr zu wünschen, dass ihr noch auf viele Jahre Gesundheit und Forschergeist erhalten bleiben.

Verletzung der staatlichen Souveränität als kriminologisches und strafrechtliches Problem*

Ein Kongressbericht

Am 5. Oktober 2017 fand an der Kant-Universität Kaliningrad eine gemeinsam von der dortigen Juristischen Fakultät und dem Internationalen Kriminologischen Club St. Petersburg organisierte Tagung zu dem Thema: „Verletzung der staatlichen Souveränität als kriminologisches und strafrechtliches Problem“ statt. Im folgenden Beitrag soll insbesondere über die inhaltlichen Schwerpunkte der gehaltenen Hauptreferate berichtet werden. Auf eine wissenschaftliche Auseinandersetzung und Kritik an den dabei zu Tage tretenden politisch wie juristisch höchst streitbaren und Widerspruch herausfordernden Auffassungen – jedenfalls aus der Sicht der deutschen TagungsteilnehmerInnen – muss im Rahmen dieses Beitrages verzichtet werden. Dies soll – auch autorenschaftlich – eigenständigen Abhandlungen vorbehalten bleiben. Insoweit soll der folgende Bericht auch eine Grundlage dafür sein. Die Verfasser eint dabei die Gewissheit, dass teilweise diametral entgegengesetzte Auffassungen vor allem auch ein Ausdruck unterschiedlicher politischer, ökonomischer, sozialer und kultureller Systemverankerungen sind. Gerade über diese muss sich in wissenschaftlicher Zusammenarbeit und Auseinandersetzung vor allem bei dem hier zu behandelnden sensiblen und brisanten Thema ausgetauscht werden.

Einleitend erläutert D. A. Shestakov,² in seinem Referat zunächst, wie das Thema der Tagung im Internationalen Kriminologischen Club St. Pe-

* Der Aufsatz wurde bereits in der Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform (MschrKrim) 2019; 102(2): 154–162 veröffentlicht. Aufgrund der Thematik und der deutsch-russischen gemeinsamen Autorenschaft sei der Beitrag zu Ehren von Ketewan Mtschedischwili-Hädrich in der ihr zugedachten Festschrift erneut veröffentlicht. Das ist verbunden mit meinem Dank, die Jubilarin in den 1990er Jahren kennen und schätzen gelernt zu haben. Der Verlag De Gruyter hat dem erneuten Abdruck in der Festschrift dankenswerter Weise ebenso zugestimmt wie auch der Mitautor Dmitry A. Shestakov.

¹ Prof. Dr. habil. Dmitry A. Shestakov ist Präsident des Internationalen Kriminologischen Clubs St. Petersburg.

tersburg entstanden ist. Für die russischen Zuhörer und Tagungsteilnehmer wird dabei vorausgesetzt, dass Shestakov eine wissenschaftliche Schule basierend auf der Theorie krimineller Subsysteme (Newa-Wolga-Schule) vertritt. Diese geht von – wie es Shestakov nennt – „verbrecherischen gesellschaftlichen Untersystemen“ aus, zu denen unter anderen „Politische Kriminologie“ und die „Kriminologie des Gesetzes“ gehören.

Ausgangspunkt für die wissenschaftlichen Überlegungen zur Verletzung der staatlichen Souveränität war der völkerrechtswidrige Angriffskrieg der NATO gegen Jugoslawien. Seitdem werde eine Häufung von Verstößen gegen das Völkerrecht und das Völkerstrafrecht beobachtet. Shestakov sieht dabei folgende fünf Hauptrichtungen von unzulässigen Einmischungen in die staatliche Souveränität:

1. Von außen erfolgte Lenkung und Steuerung der Opposition in souveränen Staaten, die das Ziel der Schwächung des jeweiligen herrschenden politischen Regimes haben. Diese Schwächung sei auf den Zerfall der Wirtschaft und die Schaffung eines Abhängigkeitsverhältnisses der Wirtschaft des betroffenen Landes von der westlichen Wirtschaft, besonders von jener der USA ausgerichtet. Zugleich soll damit Chaos in diesen Ländern erreicht werden, um dadurch einen Grund für die militärische Intervention von außen konstruieren zu können.

2. Einmischung in die Wahlen bestimmter Länder und Unterstützung jener Kräfte bei Wahlen, die auf die Zerstörung der in diesen Ländern bestehenden Ordnung hinarbeiten.

3. Organisation und Durchführung von Umstürzen („regimechange“), die üblicherweise den Anschein des Kampfes gegen Menschenrechtsverletzungen in diesen Systemen und fehlender Freiheit und Demokratie haben.

4. Blutige Abrechnungen, die teils mit Hilfe internationaler Justizorgane an Staatsoberhäuptern erfolgten, die den Oligarchen nicht genehm seien.

5. Entfesseln und Führen von Angriffskriegen, unter anderem unter Behauptung von unwahren Tatsachen und Situationen, die als Kriegs Anlass dienen, nicht selten unter Beteiligung internationaler politischer Institutionen. Bei militärischen Einmischungen spielten private Söldnerfirmen eine zunehmend wichtigere Rolle.

Sodann erläutert Shestakov die Einmischung im Lichte der von ihm vertretenen Wissenschaftlichen Schule, der – für die russischen Teilnehmer der Tagung wiederum bekannt, weshalb es nicht mehr erläutert wird – ein vielschichtiger (neunstufiger) Aufbau des Verbrechens zu Grunde

liege. Die Einmischung in die staatliche Souveränität entspreche verschiedenen Ebenen dieses Verbrechensaufbaus:

Organisierter Terrorismus und Extremismus

innere oligarchische Art

außerstaatliche Art

globale oligarchische Art.

Oberflächlich betrachtet, sehe es so aus, als würden die Übel der Welt von den Herrschenden der USA dirigiert. In Wirklichkeit stehe hinter allen Richtungen der Einmischung aber nicht irgendein Land, denn Länder seien in der Regel Personen mit verschiedenen Ansichten, wobei die meisten Personen politikfern seien. In Wirklichkeit werde das Weltgeschehen von der globalen Oligarchenmacht (GOM) dirigiert.

Das Ziel der GOM sei die weltweite wirtschaftliche und politische Herrschaft. Diese Gruppe materiell schwerreicher Personen, vorrangig Financiers, sei eng untereinander verflochten und verfüge über Hebel zur Lenkung der Welt im Interesse des eigenen Kapitals. Die GOM steuere mittels der Regierungen der USA und anderer Staaten, internationaler politischer Einrichtungen, weltweiter Finanzinstrumente, „unabhängiger“ Medien, über die nach einem einheitlichen Muster Massendesinformation verbreitet werde, die auf die Diskreditierung bestimmter Staaten in den Augen der Weltöffentlichkeit abziele (in heutiger Zeit gehe es vorrangig um die Diskreditierung Russlands), NGOs, die die Aktivitäten der Opposition in verschiedenen Ländern koordinierten, usw.

Auch wenn Shestakov nicht detaillierter auf die GOM eingegangen ist, wurde deutlich, dass er hierin einen Erforschungsbestandteil der von ihm mitbegründeten kriminologischen Newa-Wolga-Schule sieht. Dass es sich dabei um einen Ansatz handelt, der auch Gegenstand bestimmter politischer Auffassungen ist, zeigen beispielsweise Äußerungen des populären Politikers der Demokraten in den USA Bernie Sanders. Dieser beschreibt den weltweiten Aufstieg einer neuen Achse des Autoritären, die eng „mit einem Netzwerk von milliardenschweren Oligarchen“ verbunden sei, die die Welt als ihr ökonomisches Spielzeug betrachteten.³

Entscheidende Maßnahmen gegen Einmischungen in die innere Angelegenheiten eines anderen Landes sind nach Shestakov zunächst die Stärkung der Wirtschaft des entsprechenden Landes, die Erhöhung der Verteidigungsfähigkeit, die Stärkung des Eigentums der Bürgerinnen und

³ <https://www.freitag.de/autoren/the-guardian/bernie-sanders-zukunft-internationale-linken> [20.09.2018].

Bürger sowie die Erhöhung ihres nationalen Selbstbewusstseins. Gesetzgeberische und rechtliche Maßnahmen hätten zwar nicht erstrangige Bedeutung, aber ohne ihre Vervollkommnung wäre eine erfolgreiche Verteidigung vor Einmischungen in die staatliche Souveränität nicht zu gewährleisten.

Shestakov spricht sich für eine erhöhte Wirksamkeit des Völkerrechts aus, wobei der Selbstverteidigung der Staaten im Völkerstrafrecht einen größeren rechtlichen Stellenwert als bisher zukommen müsse. Dieses betreffe insbesondere auch die Frage nach den Abwehrhandlungen auf dem Gebiet souveräner Staaten. So sollte auch der Schutz von eigenen Bürgerinnen und Bürgern durch ihre Herkunftsstaaten im Ausland geregelt werden, einschließlich auch der Schutz von Personen, die ein Anrecht auf den Erhalt der russischen Staatsbürgerschaft besitzen. Diese juristischen Konstellationen müssten auch in der Verfassung Russlands verankert werden.

Geschaffen werden sollte auch eine neue Internationale Gerichtsbarkeit (nach Art der Verfassungsgerichte), deren Aufgabe darin zu bestehen habe, normative Akte und andere Entscheidungen von Staatsregierungen, internationale Vereinbarungen und Entscheidungen internationaler Organisationen auf die gesicherten Normen und Prinzipien des Völkerstrafrechts hin zu überprüfen.

Einen weiteren Punkt, den Shestakov in seinem Referat ansprach, betraf die Verantwortlichkeit von privaten Söldnerunternehmen. In Fortentwicklung bereits bestehender Normen zur strafrechtlichen Verantwortung für Söldnertum sei eine stärkere Verantwortlichkeit für eine Reihe von Verbrechen zu fordern, wenn diese unter Aufbietung privater Söldnerunternehmen begangen worden seien.

In Bezug auf private Söldnerunternehmen als juristische Personen sei für Fälle der mit ihrem Einsatz verbundenen Verübung von Verbrechen eine Verantwortlichkeit in Form der Beschlagnahme von Eigentum und zur Gewährleistung dieser Maßnahmen auch die Möglichkeiten für die vorläufige Beschlagnahme von Eigentum sowie für Transaktionstops (Einfrierens) von Finanzmitteln zu schaffen.

Shestakov empfiehlt die Aufnahme eines Tatbestandes in internationale strafrechtliche Vereinbarungen, der beispielsweise „Verbrecherische Tätigkeit privater Söldnerunternehmen“ genannt werden könnte. Dies könne geschehen in Form einer Ergänzung der „UN-Konvention gegen die Anwerbung, den Einsatz, die Finanzierung und die Ausbildung von Söldnern“ oder in Form einer speziellen Konvention über die organisierte verbrecherische Tätigkeit von privaten Söldnerunternehmen. Dabei sollte

den Teilnehmerstaaten empfohlen werden, entsprechende Maßnahmen für die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Einzel- sowie von juristischen Personen zu erlassen.

Im zweiten Teil seines Referates befasst sich Shestakov mit aus seiner Sicht notwendigen rechtlichen Veränderungen an der Verfassung der Russischen Föderation. Die Bedeutung der nationalen Gesetzgebung im Vergleich mit Prinzipien und Normen des Völkerrechts solle erhöht werden. Beispielsweise solle die Bestimmung der russischen Verfassung, die vorsieht, dass bei Abweichung völkerrechtlicher Verträge Russlands von den gesetzlich vorgesehenen Vorschriften die Regeln des völkerrechtlichen Vertrages Vorrang haben, um die Worte ergänzt werden, dass die Regeln des völkerrechtlichen Vertrages nicht der Verfassung der Russischen Föderation widersprechen dürften. Sollte dies der Fall sein, würde die Verfassung der Russischen Föderation gelten.

Der Vorrang der Verfassung Russlands gegenüber dem Völkerrecht wird auch noch für eine Reihe anderer Regelungsgebiete vorgeschlagen. Empfohlen wird auch die Aufnahme eines neuen Absatzes in der Vorschrift der russischen Verfassung für den Widerstand gegen die innerrussische Ebene der „Oligarchen-Kriminalität“. Dieser neue Absatz solle den Bürgerinnen und Bürgern Russlands das Recht auf Kritik und anderen gesellschaftlichen Ungerechtigkeiten einräumen.

In einem weiteren Schwerpunkt seines Referates befasst sich Shestakov mit strafrechtlichen Vorschlägen, dabei auch mit jenen für die Entwicklung des Völkerstrafrechts. So spricht er sich dafür aus, dass der Kreis der bisher geregelten Subjekte militärischer Aggression erweitert wird, und zwar unter spezieller Nennung der Mitglieder bevollmächtigter staatlicher Regierungsorgane, einschließlich der repräsentativen Organe sowie Vertreter von Staaten in internationalen Organisationen, wie Initiatoren globaler Verbrechen, darunter jene, die Einfluss auf die nationalen Machtorgane ausübten.

Auch Referent A. P. Danilov⁴ Stellvertreter des Präsidenten des Internationalen Kriminologischen Clubs St. Petersburg und Dozent für Strafrecht an der Staatlichen Universität für Finanzen und Wirtschaft St. Petersburg, bezeichnet unter Verweis auf die Theorie der politischen und wirtschaftlichen Kriminologie die gewaltsame Einmischung in die staatliche Souve-

⁴ Dr. Andrey P. Danilov ist Stellvertreter des Präsidenten des Internationalen Kriminologischen Clubs St. Petersburg und Dozent für Strafrecht an der Staatlichen Universität für Finanzen und Wirtschaft St. Petersburg.

ränität von außen als „Bestandteil des globalen politischen Verbrechens“ und bezieht sich dabei auf den von Shestakov vorgeschlagenen Begriff der „globalen Oligarchenmacht“ (GOM). Diese festige die Grundmauern ihrer Herrschaft, wozu sie Staatlichkeit als solche planmäßig zerstöre – unter anderem auch auf dem Weg der Einmischung in die staatliche Souveränität. Die GOM sei nach Danilov keine „Verschwörungstheorie“, sondern ein tragischer Fakt unseres Lebens.

Die GOM versuche, die Kontrolle von Staaten zu erlangen. Dabei achte sie darauf, dass die Schlüsselpositionen in diesen Staaten von ihren Protegés eingenommen werden. Doch nicht immer gelänge es der GOM, ihren Kandidaten auf gewaltlosem Weg an der Spitze eines Staates zu installieren. Deshalb seien im gegenwärtigen Alltag oft verschiedene Arten von Druckausübung auf Staaten zu beobachten. Darunter seien auch verbrecherische Einmischungen in Wahl- und sonstige politische und soziale Prozesse. Derartige Formen der Einflussnahme könnten durch Provokationen von Massenunruhen, bewaffneten Konflikten, Revolutionen und der Entfesselung von Kriegen begleitet sein.

Die Konzeption zur Errichtung eines „globalen Staates“ besteht nach der Beobachtung Danilovs darin, dass eine Politik angewendet wird, die darauf gerichtet sei, die Weltbevölkerung mittels der Minimierung der Geburtenraten und der Herbeiführung einer höheren Sterblichkeit (natürliche Krankheiten und gelenkte Medizin, Kriege) zu verringern, das nationale Selbstbewusstsein und die Kulturen der Völker zu verwischen, sowie Ethnien und „anationale menschliche Einheiten“ (Weltbürger) zu vermischen. Nach den Intentionen eines „globalen“ Staates solle die Technik den Menschen voll ersetzen. Die Oligarchen hätten es satt, „den Arbeitern Löhne zu zahlen, Sozialleistungen zu gewähren und gebührende Arbeitsbedingungen zu gewährleisten.“

Danilov spricht sodann über die kriminologischen Maßnahmen zur Abwehr der Einmischung in die staatliche Souveränität Russlands. Diese seien direkt an die Wiedererrichtung der Staatlichkeit Russlands gekoppelt: Eine Leitung des Staates durch Staatsvertreter, die sich um das Volk kümmern. Aber:

„In Russland herrschten heute nach wie vor der GOM unterstellte inländische Oligarchen, die zum Großteil nur an ihre eigenen Taschen denken und für die der Präsident in weitem Maße nur ihr eigenes ausführendes Organ ist.“

Je unabhängiger die russische Staatsmacht von der GOM sei, umso nachdrücklicher versuche die Weltoligarchie, sich in die Angelegenheit

Russlands einzumischen. Es sei Aufgabe der Staatsmacht sich um die Festigung des Volkes zu kümmern, das heißt, die lebenswichtigen Interessen der Bevölkerung zu berücksichtigen und die jahrhundertealten geistigen Grundfesten zu unterstützen.

Unmöglich sei eine Festigung des Volkes jedoch ohne die Lösung der wesentlichen kriminogenen Widersprüche zwischen:

„1) dem Konsumdenken und der Spiritualität, 2) der Armut und dem offensichtlich dem Volk gestohlenen Reichtum bei gleichzeitigem Fehlen einer Mittelklasse, 3) der mit der Oligarchie verschmolzenen Staatsmacht und der Mehrheit der Bevölkerung.“

Als Folge seien die in Russland lebenden Oligarchen, die Russland von der GOM unabhängig dirigieren wollen, gezwungen, die genannten Widersprüche partiell zu lösen. Partiiell, aber eben nicht ganz, weil sie sonst den Ast, auf dem sie sitzen, absägen würden. Aus dem gleichen Grund ermöglichten die russischen Massenmedien nur ein unvollständiges „informativ-ideologisches Erwachsenwerden der Bevölkerung“, während diese eigentlich ein Verständnis des wahren Wesens der globalen Prozesse und Gegenmaßnahmen zur weltweiten informationsideologischen Verbrechensaktivität bräuchten. Die Massenmedien arbeiteten so, dass sie einerseits die verbrecherischen Pläne der GOM enthüllten, in dem sie die Aggressionsvorbereitungen gegen Russland aufzeigen, andererseits aber den Geist der Bürgerinnen und Bürger und damit die Grundlage der nationalen Souveränität stärken. Über die inländischen Oligarchenverbrechen lese man in den russischen Massenmedien aber so gut wie nichts.

Einen wichtigen Bestandteil der Abwehr von Einmischungen in die Souveränität stelle ein unabhängiges staatliches Wirtschaftssystem dar. Unabdingbar sei auch politische Festigkeit. Gebraucht werde kein einzelner und unersetzlicher Herrscher, ohne den „Russland verloren“ sei, sondern ein starker Etatismus.

M. G. Minenok⁵ Lehrstuhlinhaber für Strafrecht an der Juristischen Fakultät der Baltischen Föderalen Universität Immanuel Kant Kaliningrad, behandelt mit seinem Referat die die Souveränität eines Staates beeinflussenden kriminologisch bedeutsamen Faktoren, wobei er den Schwerpunkt auf die russische Situation legte.

Minenok betont, dass sich zum heutigen Zeitpunkt eine konkrete, die staatliche Souveränität Russlands stärkende normative Basis heraus-

⁵ Prof. Dr. Michail G. Minenok ist Lehrstuhlinhaber für Strafrecht an der Juristischen Fakultät der Baltischen Föderalen Universität Immanuel Kant Kaliningrad.

gebildet habe. Dabei handele es sich um eine Reihe von Erlassen des Präsidenten der Russischen Föderation sowie die Entscheidung № 21-P des Verfassungsgerichts Russlands vom 14. Juli 2015, die besagt, dass in dem Fall, wo das Verfassungsgericht zu dem Schluss gelangt, dass eine Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte, die auf einer der Verfassung der Russischen Föderation widersprechenden Interpretation der Konvention über den Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten beruht, nicht umgesetzt werden kann.

Der Referent hebt weiter hervor, dass das inhaltliche Verständnis des Begriffs „Souveränität“ wegen seines politischen Charakters große praktische Bedeutung habe. Dargelegt wird das an dem Beispiel der Krim und bestimmten Auffassungen dazu. Minenok wendet sich gegen den Vorschlag einer internationalen Konferenz und der Beteiligung Russlands, der Ukraine, der EU und der USA, die ein Referendum abhalten solle, das von der ganzen Welt anerkannt werden würde. Nach Minenoks Meinung werde damit die Souveränität Russlands vollständig ignoriert. Wenn ein Staat über Souveränität verfüge, dann sei er ein vollwertiges Subjekt des Völkerrechts. Im gegenteiligen Falle spreche man von einer Kolonie, einem Protektorat, einem Beutegebiet oder einem nationalen Marionetten-Regime.

Minenok beschreibt sodann Versuche der Einmischung in die inneren Angelegenheiten Russlands und bezieht sich dabei auf die Vorsitzende des Föderationsrates Russlands W.I. Matwijenko. Diese habe darauf hingewiesen, dass unter Umgehung der russischen Gesetzgebung jährlich 70 bis 100 Mrd. Rubel nach Russland fließen. Dabei seien diese Gelder nicht für wohltätige Zwecke, soziale Hilfe oder das Gesundheitssystem bestimmt, sondern für politische Aktivitäten. Der Föderationsrat habe im Juni 2017 die Schaffung einer Kommission zum Schutze der staatlichen Souveränität und Verhinderung der Einmischung in die inneren Angelegenheiten Russlands beschlossen.

Die Autorität eines Staates hänge direkt von der Arbeit seiner Exekutive und der anderen Organe ab. Sie müssten bei den Bürgern geachtet sein. Minenok fragt, welche Staatsorgane heute auf Vertrauen bei den Russen stießen. Diese Frage sei unter den gegenwärtigen Bedingungen eines Defizits an Anstand, menschlicher Anteilnahme, Mitgefühl und Fürsorge besonders wichtig. Zum gegenwärtigen Zeitpunkt entferne sich die russische Staatsmacht immer weiter vom Volk. Doch Souveränität könne nur eine Macht innehaben, die Autorität bei der einfachen Bevölkerung genießt. Souveränität verdiene sich mit Unterstützung für die Menschen,

dem Treffen rechtzeitiger Entscheidungen und einem bescheidenen Lebenswandel der höchsten Amtspersonen. Hochbezahlte Beamte sollten nicht herumprotzen und ihr hohes materielles Wohlstandsniveau zur Schau stellen.

Vertrauen würde bei den Russen die immer gleiche „Staatsmacht-Triade“ aus Präsidenten (72 %), russischer Armee (67 %) und orthodoxer Kirche (51%) genießen. Ihnen folge im Rating die Russische Akademie der Wissenschaften (43 %), die Gouverneure und gesellschaftlichen Menschenrechtsorganisationen (je 36 %). Der Föderationsrat, die Staatsduma, die Justiz und die politischen Parteien – sie alle fänden sich am Ende der Liste. Ein derartiges Bild biete sich schon lange, alle hätten sich schon daran gewöhnt.

Das Vertrauensniveau der Bevölkerung für die Gerichtsbarkeit sei mit 39–44 % niedrig. Dieser Wert sei mit dem geringen Anteil von Freisprüchen in den russischen Gerichten zu erklären: weniger als 1 %. In den USA schwanke die Zahl der Freisprüche in verschiedenen Staaten zwischen 17 und 25 %, in Europa liege sie bei 20–25 %; in einigen europäischen Ländern erreiche die Zahl der Freisprüche die Hälfte.

Derartige Daten würden beweisen, dass die staatlichen Machtstrukturen, die für die Verteidigung der Souveränität zuständig seien, nicht über die dafür gebotene Autorität verfügten. Minenok bezieht sich auf einen Vorschlag von Danilov, der eine gewünschte Kriminalisierung von Aktivitäten im gesetzgebenden und administrativen Bereich anstrebe, sofern diese auf die Annahme von Gesetzen oder anderen normativen Akten abzielten, die in der Sache aber kriminell seien.

Referent S. U. Dikajew⁶ - Seine Thematik war die „Äußere Unterstützung von Extremismus und Separatismus als Mittel zur Einmischung in die Souveränität eines Staates“.

Dikajew geht darauf ein, dass sich für bestimmte Staaten die Frage stelle, was sie tun sollten, wenn ihnen die innere oder äußere Politik eines anderen souveränen Staates nicht zusagten. Aufgrund der Bindung an das Völkerrecht bleibe einem solchen Staat, der diese Frage stelle, nur die Durchführung geheimer Operationen zur inneren Untergrabung der politischen Grundfesten eines anderen Staates auf dem Weg einer allumfassenden Unterstützung von Extremismus und Separatismus. Das geschehe,

⁶ Prof. Dr. Salman U. Dikajew ist Leiter des Lehrstuhls für Strafprozess an der St. Petersburger Universität des Ministeriums für Innere Angelegenheiten sowie Stellvertreter des Präsidenten des Internationalen Kriminologischen Clubs St. Petersburg.

indem man im Inneren gewisse Personen oder Gruppen zur Organisation von Massenprotesten gegen die Staatsmacht ausbildet oder stimuliert. Verschiedene legale und illegale Formen und Methoden würden genutzt, um Unzufriedenheit mit der Innen- oder Außenpolitik eines Staates zum Ausdruck zu bringen. Zu den legalen Methoden gehörten Versammlungen, Demonstrationen, Protestmärsche und Mahnwachen. Zu den illegalen gehörten die gleichen Formen, wenn sie gegen das Gesetz „Über Versammlungen, Meetings, Demonstrationen, Märsche und Mahnwachen“ verstießen, sowie andere Formen, die bereits von vornherein gesetzeswidrig sind (Massenunruhen, extremistische Handlungen, Terrorismus u.a.).

Sowohl Extremismus als auch Separatismus erwiesen sich jedoch in jenen Staaten und Perioden als wenig effektiv, in denen die Innenpolitik des Staates auf die maximale Gewährleistung von Rechten und Freiheiten der Bürger und die Erhöhung ihres Wohlstands ausgerichtet sei – einfacher gesagt, wenn die Staatsmacht die Erwartungen des Volkes übernehme und ihnen entspreche. Eine äußere Unterstützung einer inneren Unzufriedenheit mit der staatlichen Politik führe zweifellos früher oder später zu einem Sturz der Staatsmacht oder dazu, dass sie gezwungen werde, ihre Pflichten zu erfüllen. Doch die betroffene Staatsmacht verfolge diese Prozesse ebenfalls, sie wisse um die Möglichkeiten einer äußeren Einmischung in die Souveränität und unternehme Maßnahmen zum Selbstschutz. Ein typisches Beispiel für eine solche Selbstorganisation stellten Veränderungen in der russischen Gesetzgebung dar.

Dikajew erläutert sodann einzelne dieser gesetzlichen Veränderungen, die darauf abzielten, die über nichtkommerzielle Organisationen erfolgende Finanzierungen destruktiver Aktivitäten ausländischer Staaten zur Destabilisierung der Souveränität Russlands in nicht unbeträchtlichen Aufmaßen unter Kontrolle zu stellen.

Auf der Grundlage einer Analyse der Ereignisse in der Ukraine seien ad hoc Veränderungen und Ergänzungen im Strafgesetzbuch Russlands vorgenommen worden. Korrigiert wurden u.a. die Regeln zur Verantwortung bei Massenunruhen sowie der Verantwortung für mehrfache Verstöße gegen die festgelegte Ordnung bei der Organisation oder Durchführung von Versammlungen, Meetings, Demonstrationen, Märschen oder Mahnwachen, ausgeweitet und verschärft worden sei die Verantwortung für extremistische und terroristische Handlungen, wobei die möglichen Freiheitsstrafen in Fällen der Gesamtschau von Straftaten oder Strafurteilen erhöht wurden (30 bzw. 35 Jahre Freiheitsstrafe); eine ordnungswidrigkeit-

tenrechtliche Verantwortung für juristische Personen mit Geldbußen von bis zu 60 Millionen Rubel sei festgelegt worden. Diese gesetzlichen Veränderungen seien auch zur Vorbeugung gedacht. Die Schaffung der Truppen der Nationalgarde, zu deren Aufgaben die Teilnahme am Kampf gegen Extremismus und Terrorismus gehöre und die direkt dem russischen Präsidenten unterstellt sei, erlaube es, die Aktivitäten aller legaler bewaffneter Formationen, darunter auch private Wachunternehmen sowie den Waffenhandel im Land komplett unter Kontrolle zu nehmen.

Dikajew fragt jedoch, ob derartige Maßnahmen ausreichen, die innere Stabilität und Souveränität Russlands auch auf langfristige Sicht zu bewahren und gibt die Antwort damit, dass die innere Stabilität auch mit dem relativen Komfort der Lebens- und Arbeitsbedingungen des Volkes zusammenhinge. Gerade daran aber fehle es, was sogar offizielle Statistiken belegen würden.

Nach Angaben der Statistikbehörde Gosstat habe im Jahre 2016 der Bevölkerungsanteil mit einem Einkommen unter dem Existenzminimum bei 19,8 Millionen Menschen (13,5 %; 2012: 10,7 %, 2013: 10,8 %, 2014: 11,2 %, 2015: 13,3 %) gelegen. Es verschärfe sich die Ausbeutung des Menschen weiter und die Beschlagnahme seiner Geldmittel werde einfacher, u.a. durch die Einführung diverser Steuern und Abgaben, die Erhöhung der strafenden Sanktionen bei diversen Verstößen, die Verteuerung staatlicher Dienstleistungen. Niedrige Löhne zwängen die Menschen, sich zusätzliche Einkünfte zu suchen, sie arbeiteten auf anderthalb oder sogar zwei Stellen. Aber auch dies ermögliche keine zumindest erträgliche Existenz. Dikajew spricht hier von der „Versklavung der Russen“. Die russischen Bürgerinnen und Bürger würden im Mittel 1978 Stunden pro Jahr mit Arbeit verbringen. Dies seien 44 % mehr als in Deutschland, 18 % mehr als in Großbritannien und 10,5 % mehr als in den USA. Dabei betrage der minimale Stundenlohn in Russland lediglich 47 Rubel, während er in Spanien bei 280 Rubel, in Israel bei 450 Rubel, in den USA bei 500 Rubel, in Deutschland bei 654 Rubel und in Großbritannien bei 660 Rubel liege. Selbst in Polen, der Türkei, China, Brasilien und sogar in Kolumbien sei er höher. Lediglich in Indien und in der Ukraine bekämen Arbeiter noch weniger Lohn. Das Bankensystem in Russland sei ebenfalls darauf ausgerichtet, der Bevölkerung Geld zu entziehen. Dazu komme, dass die Russland auferlegten Sanktionen die Möglichkeiten zur Kreditaufnahme im Ausland wesentlich eingeschränkt hätten.

Diese Zahlen und die damit wiedergespiegelte soziale Situation ha-

ben nach Dikajew eine kriminologische Bedeutung, da sie auf eine ernste Abhängigkeit der Wirtschaft und des Finanzsystems von der globalen Oligarchenmacht hinwiesen. Die Unfähigkeit (oder der Unwille) der russischen Führung, die Bevölkerung vor offenem und verschleierte Diebstahl zu schützen, gebe Anlass zu bezweifeln, ob sie in der Lage ist, die innere Souveränität Russlands zu gewährleisten. Die Achtung für die Staatsmacht wachse auch nicht angesichts von unprofessionellen Handlungen und offen zynischen Aussagen wie der Empfehlung an Lehrer, doch „in die Wirtschaft“ zu gehen, jenem Ratschlag an die Krimbewohner: „Es ist kein Geld da, aber haltet durch“ oder dem Ignorieren der Forderungen der Bevölkerung nach Aufklärung hinsichtlich von Anschuldigungen oder anderem vorliegenden Belastungsmaterial.

All das Gesagte berge die reale Gefahr von Massenaufmärschen, extremistischen und separatistischen Erscheinungen in sich – darunter auch solchen, bei denen die Kräfte der Nationalgarde zur Befriedung nicht mehr ausreichend sein könnten. An der eigenen Fähigkeit, den Staat vor dem Zerfall zu bewahren, zweifelten selbst höchste Amtspersonen, wenn sie Dinge sagen wie: „Ohne Putin kein Russland“. Eine verarmte Bevölkerung, eine inkompetente Regierung und ein gewissenloses Business seien der ideale Nährboden für die Förderung und äußere Unterstützung von Extremismus und Separatismus. Doch wenn nicht unverzügliche Maßnahmen zur Korrektur der Innenpolitik, also der inneren Souveränität, vorgenommen würden, sei die Bewahrung der inneren Stabilität Russlands auf lange Sicht durchaus zu bezweifeln.

Referent M.M. Minenok⁷ befasste sich im Speziellen mit der sogenannten humanitären Intervention als Bedrohung der staatlichen Souveränität.

Der Begriff der „humanitären Intervention“ sei in internationalen Rechtsdokumenten nicht fixiert. Einzelne Autoren betrachteten ihn als „militärischen Einmarsch in das souveräne Territorium eines anderen Staates (üblicherweise gegen dessen Willen) zum Ziele des Schutzes der Bevölkerung in humanitären Notlagen, da der betroffene Staat diesen Menschen keinen Schutz gewähren kann oder will“.

Minenok betonte, dass humanitäre Interventionen dem Völkerrecht widersprechen. Denn was sei human an den Aktionen des sich einmischenden Staates, wenn als Resultat Menschen sterben, Häuser zerstört

⁷ Dr. Michail M. Minenok ist Dozent am Lehrstuhl für Strafrecht an der Juristischen Fakultät der Baltischen Föderalen Universität Immanuel Kant Kaliningrad.

werden und humanitäre Katastrophen geschehen? Insbesondere die USA erwiesen sich als aktiver Initiator und Teilnehmer an Interventionsfällen. Angemerkt wird, dass hinsichtlich von Russland militärische Formen der Einmischung in dessen Angelegenheiten kaum tauglich seien, sich aber auch die Sanktionspolitik als Form einer unzulässigen Intervention erweise.

Der Referent schildert sodann unterschiedliche wissenschaftliche Auffassungen über „humanitäre Interventionen.“ Er vertritt die Position, dass der 1999 gegen Jugoslawien geführte NATO-Krieg eine Aggression war, die unter dem Vorwand stattfand, einen Genozid an der albanischen Bevölkerung im Kosovo zu verhindern. Das Ergebnis der Operation sei die Zerstörung der Wirtschaft Jugoslawiens gewesen, die Vernichtung einer großen Zahl von Industrieobjekten, Wasserkraftwerken, Rohölagern und anderer Infrastrukturobjekte dieses Landes, darunter auch Wohnhäuser. Auch der NATO-Krieg gegen Irak im Jahre 2003 sei eine völkerrechtswidrige Invasion gewesen, die sich auf die Notwendigkeit einer humanitären Intervention mit dem Ziel der Befreiung des irakischen Volkes vom diktatorischen Regime Saddam Husseins und der Liquidierung der ihm zur Verfügung stehenden Massenvernichtungswaffen berief. Wie sich später herausstellte, gab es in diesem Land aber keine Massenvernichtungswaffen, doch die Intervention führte zum Tod tausender Menschen und zur Zerstörung der Infra- und Bevölkerungsstruktur. Ein weiteres Beispiel dafür, dass die militärische Gewalt über das Recht gestellt wurde, sieht Minenok auch in der Invasion in Libyen. Diese habe zu einer Eskalation der ohnehin angespannten Situation in diesem Land geführt, wodurch ein Bürgerkrieg hervorgerufen worden sei.

Minenok beruft sich auf die kriminologische Theorie von Shestakov und betont, dass humanitäre Interventionen zu den Verbrechen der äußeren staatlichen Ebene (Angriffskriege, Genozid, Kriegsverbrechen) und der globalen Oligarchen-Ebene (globale Kontrolle über Rohstoffvorkommen, Bankensystem, Medien und Staatsmacht) gehören. Es ergebe sich nun die Frage, wie die Führung eines Landes, das von einer „humanitären Intervention“ betroffen ist, reagieren soll. Die alternativen Verhaltensmuster seien, sich entweder dem Aggressor zu unterwerfen oder die militärische Verteidigung und Gegenwehr.

Unterwürfigkeit sei nicht immer angebracht, weil ihr das Gefühl der Würde und der Stolz der Bürger des der Aggression ausgesetzten Landes entgegenstünden. Beim Leisten von Widerstand könne man zudem um Hilfe bei einer starken staatlichen und militärischen Macht bitten.

Ein weiteres Problem sei die Verantwortung jener Personen und Institutionen, die die sogenannte humanitäre Intervention veranlassen und durchführen. Es sei unabdingbar, alle Möglichkeiten zu nutzen, nicht nur die Schuldigen für die Verletzung der Rechte der Menschen in dem Land, das der Intervention unterworfen ist, zur Verantwortung zu ziehen, sondern auch jene, die Menschenrechte verletzen, indem sie mit militärischer Gewalt von außen einen Wechsel des politischen Systems zu erreichen versuchen.

Aus einer etwas anderen Perspektive wurde das Gesamtthema durch den Vortrag von J. Arnold⁸ mit dem Titel „Zur Aktualität von Kants Schrift, Zum ewigen Frieden“ beleuchtet, den er gemeinsam mit K. Hase⁹ verfasst hat.

Arnold erläuterte zunächst die Entstehung und Zielstellung der Friedensschrift, wobei ein Schwerpunkt die Auslegung des Begriffs „Frieden“ ist. Es gehe um den zwischenstaatlichen Frieden, die Vermeidung von Krieg unter den Völkern. Die „Streitschrift für den Frieden“ wende sich an die Menschheit allgemein, indem sie Prinzipien des internationalen Rechts für alle menschlichen Wesen als kollektiv bindend ansehe. Aus diesem Grund gingen diese Prinzipien besonders jene an, die die Macht über Staaten haben. Kant betrachte den ewigen Frieden zwischen den Völkern als eine Forderung des Rechts und gleichsam als den Endzweck des Menschengeschlechts. Der Frieden müsse deshalb für alle moralisch veranlagten Menschen von Interesse sein. Wie es Kant später in der Rechtslehre ausdrückte, sei der ewige Friede „das letzte Ziel des ganzen Völkerrechts.“ Das freiheitsgesetzliche Rechtsdenken Kants rezipiere mit der Idee des ewigen Friedens den Begriff des „gerechten Krieges“ kritisch und hebe ihn zugleich auf. Die Grundlage für diese Aufhebung des „gerechten Krieges“ in der Idee des ewigen Friedens bilde ein Rechtsbegriff, für den menschliche Selbstbestimmung und Gemeinschaft – und zwar als Form humaner Selbstverwirklichung in allen pragmatischen, ethischen, religiösen, wissenschaftlichen, ästhetischen, kurz: kulturellen Hinsichten – konstitutiv sei.

Für die Behandlung des zweiten Schwerpunktes des Referats – dem Einmischungsverbot in die Staatensouveränität – interessierten zunächst

⁸ Prof. Dr. Jörg Arnold ist Forschungsgruppenleiter am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Freiburg i.Br. (heute Max-Planck-Institut zur Erforschung von Kriminalität, Sicherheit und Recht).

⁹ Katja Hase ist Gymnasiallehrerin für Philosophie und Germanistik in Pinneberg.

die Präliminar- und Definitivartikel der Friedensschrift. Als grundlegende thematisch bezogene Aussagen wurden genannt:

Kein Staat solle sich in die Verfassung und Regierung eines anderen Staates gewalttätig einmischen.

Die Verfassung in jedem Staat soll republikanisch sein.

Das Völkerrecht soll auf einen Föderalismus freier Staaten gegründet sein.

Erörtert wurde sodann der heutige „Weltzustand“ als eine „Kriminologie von Einmischungen“. Ausgangspunkt dafür ist die Tatsache, dass die Friedensschrift unter Berücksichtigung sowohl ihrer konkret-historischen Entstehungszeit als auch der heutigen ökonomischen, politischen, militärischen und kulturellen Bedingungen betrachtet werden müsse. Dies bedeute jedoch nicht, dass ihr die überzeitliche Aktualität abgesprochen werden darf. Diese liege gerade in der durchaus häufig kritisierten Annahme begründet, dass es nach Kant so etwas wie eine Grundanlage bei allen Menschen gibt, nach der der Mensch die Fähigkeit zur Entwicklung zum Guten hat.

Die heutige Wirklichkeit, also gewissermaßen der „Weltzustand“ an den erwähnten friedentheoretischen Sollens-Maßstäben gemessen, ergebe folgendes Bild:

Im Hinblick auf die Missachtung staatlicher Souveränität erschien aktuell eine Vielzahl von Eingriffen, die sich als Verstöße gegen Kants Sollens-Maßstäbe darstellten. Solche Verstöße seien sie vor allem dann, wenn es sich um gewaltsame militärische Einmischungen in die staatliche Souveränität eines anderen Landes handele. Derartige gewaltsamen Eingriffe in die staatliche Souveränität erfolgten vor allem unter Berufung auf die sogenannte „humanitäre Interventionen“ bzw. die sog. „Schutzverantwortung“ („responsibility to protect“); diese würden immer wieder auch als „gerechte Kriege“ bezeichnet und dafür schwere Menschenrechtsverletzungen in verschiedenen Staaten in Kauf genommen. In aller Regel sollten die Interventionen zugleich einen Systemwechsel („regimechange“) herbeiführen. Als Beispiele hierfür nennt Arnold die in den letzten 20 Jahren durchgeführten militärischen Interventionen in Jugoslawien, im Irak, in Afghanistan und in Libyen. Was den Nahen Osten betreffe, so seien die Interventionen oftmals einhergegangen mit einem lang andauernden Handelskrieg und der Schaffung von aufständischen Kräften im Inneren der Länder, wo stellvertretend für und mit militärischer Unterstützung des Westens Kriege inszeniert wurden. Auch der derzeitige sogenannte „Krieg gegen den Terror“ sei Staaten oder militärischen Bündnissen immer wie-

der Veranlassung, die Souveränität anderer Staaten zu verletzen.

Mit Kants Friedensschrift ergebe sich eine friedensphilosophische Rechtswidrigkeit der Einmischungen. Krieg sei nach Kant die „Umkehrung des Endzwecks der Schöpfung selbst.“ Legal und legitim sei allein die Selbstverteidigung des Staates gegen einen Angriff auf dessen Souveränität. Alle anderen Kriege seien für Kant Verbrechen. Eine spezielle Erörterung erfolgt in diesem Zusammenhang am Beispiel des Jugoslawienkrieges, der im Namen der Menschenrechte geführt wurde. Humanitär sei Kant zufolge der Zweck der Durchsetzung von Menschenrechten, niemals aber das Mittel der gewalttätigen Intervention selbst, das als Mittel diesen Zweck verletze.

Einen weiteren Schwerpunkt des Referates bildete das Verhältnis zwischen Staatssouveränität und Volkssouveränität. Kant habe die Staatssouveränität verteidigt, weil sie die Bedingung der Möglichkeit von Volkssouveränität sei. Der Staat, der zu gebieten und zu disponieren habe, sei nichts anderes als die Gesellschaft von Menschen, die über sich selbst gebiete, und diese stehe nicht der Erwerbung durch andere Staaten zur Verfügung. Das innerstaatliche Gewaltmonopol setze die Selbstgesetzgebung des Volkes voraus. In diesem Sinne sei der „Staat ein sich selbst beherrschendes Volk“ und deshalb unantastbar. Staatssouveränität bestehe nur als Volkssouveränität. Am Selbstbestimmungsrecht der Staaten und Völker sei weiterhin festzuhalten. Dieses sei nicht bloß im Sinne einer formal-positivistischen Ordnung zu verstehen, sondern leite sich vom subjektrechtlichen Prinzip freier Selbstbestimmung ab. Inhaltlich drücke der Begriff die kategorische Freiheitsgesetzlichkeit des Rechts aus. Er beziehe sich daher nicht nur auf das Rechtsverhältnis der Individuen zueinander, sondern auch auf das schon in bestimmten empirischen und kulturellen Besonderheiten staatsrechtlich verfasste Volk. Das bedeute die Anerkennung des rechtlichen Entwicklungsstandes in einem Volk als Resultat innerer Selbstbestimmung, als konkret eigene Angelegenheit. Die Selbstständigkeit eines Volkes oder Staates schließe es daher aus, seine innere Verfassung auf einen internationalen Prüfstand zu stellen. Selbst wenn ein Volk die Menschenrechtsstandards oder internationalen Vertragsrechte verletzt, dürfe ihnen nicht durch souveränitätsaufhebende Interventionen begegnet werden.

Dagegen könne eingewandt werden, dass die Souveränität der Staaten wie auch das Selbstbestimmungsrecht nicht für alle Staaten gelte, die sich zwar Staaten nennen, aber kaum diesen Namen verdienen; Staaten etwa, in denen eine politische Elite die Führung übernommen hat, ohne

dass dies auch nur annähernd durch einen konstitutiven gemeinsamen Willensakt der Bevölkerung gedeckt ist. Doch hier komme das Völkerrecht ins Spiel.

Kant sehe das Völkerrecht als für alle Staaten gültig an und beziehe dabei auch jene „Wilden mit ihrer gesetzlosen Freiheit“ mit ein, von denen er an anderer Stelle gesprochen habe. Das Völkerrecht sei gerade die Überwindung des Naturzustandes durch einen Rechtszustand. Der Friedenszustand auf der Grundlage der Vernunft werde durch das Völkerrecht zur unmittelbaren Pflicht.

Im Ausblick betonte Arnold, dass sich die Grundsätze der heute geltenden Völkerrechtsordnung in gewisser Weise bis zu Kants Friedensschrift zurückverfolgen lassen. Gleichwohl befände sich in der UN-Charta kein Verbot sogenannter „humanitärer“ Interventionen. Vielmehr werde die sog. „Schutzverantwortung“ als eine faktische Weiterentwicklung des Völkerrechts betrachtet. Überhaupt bestehe in diesem Zusammenhang eine höchst problematische Tendenz darin, das Völkerrecht den Fakten anzupassen. Das betreffe allerdings auch die Fälle der Rolle von Russland in Syrien und im Zusammenhang mit der Krim.

Arnold erläutert sodann die Herausbildung des Völkerstrafrechts in der Zeit nach Kant. Dabei ging er auch darauf ein, dass im Hinblick auf den Internationalen Strafgerichtshof (ICC) dieser sich mit Kant nicht begründen lasse. Dagegen stünde Kants Verständnis des Souveränitätsprinzips und des Selbstbestimmungsrechts der Staaten, das er in der Friedensschrift entwickelt hat. Das bezöge sich auch auf die Möglichkeit einer juristischen Intervention durch internationale Ausdehnung des Strafanspruchs sowie einer militärischen „humanitären“ Intervention. Gleichwohl, so betont Arnold, müsse dieser Ausschluss dort seine Grenzen finden, wo es sich um universale Verbrechen gegen die Menschlichkeit als Verbrechen an der Menschheit handelt. In den Blick kämen hierbei insbesondere universale Kriegsverbrechen sowie Völkermord (Genozid). Dazu gehöre aber auch der Angriffskrieg als Vernichtungskrieg. In diesem Sinne sei das universale Menschheitsverbrechen zu bestimmen als eine grundsätzliche Negation innerer Rechtsverfasstheit, wodurch zugleich die Völkerrechtssubjektivität der Betroffenen verletzt werde.

Nicht nur heute dürfte Kant das ähnlich sehen. Bereits zwei Jahre nach Erscheinen der Friedensschrift habe er in seiner Schrift „Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre“ ein „Recht zum Kriege“ als Verteidigung gegen eine Aggression, als Prävention und zur Brechung einer „bis zur furchtbaren Größe angewachsenen benachbarten Macht“ („po-

tentiatremenda“) anerkannt.

Kans Friedensschrift sei nach wie vor aktuell. Es lohne sich ihr weiterhin Aufmerksamkeit zu widmen, weil wir gerade in unserem modernen globalen Bewusstsein und gerade im heute viel differenzierteren Wissen um die Besonderheiten der Menschen von einer Gemeinsamkeit aller Menschen ausgehen wollen und müssen. Auch wenn die in der Philosophie des 20. Jahrhunderts vielfach kritisierte kantische Annahme einer allgemeinen Menschennatur, die nach Kant ein moralisches und friedliches Handeln erst ermöglicht, in Anbetracht der aktuellen Verhältnisse tatsächlich überholt zu sein scheine, hätten wir alle Eines gemeinsam, das Kant selbst als weiteren Beleg für die Notwendigkeit des Friedens unter den Völkern in der „Rechtslehre der Metaphysik der Sitten“ angeführt habe: Da die Natur alle Völker durch die Kugelgestalt der Erde in bestimmte Grenzen gesetzt hat, gehören alle Völker immer als Teil zu diesem einen Ganzen. Aus dieser von der Natur vorgegebenen räumlichen Gemeinschaft erwachse nach Kant notwendigerweise auch eine rechtliche Gemeinschaft, in der die Völker in Wechselwirkung miteinander stünden.

Was liege aus diesen unbestreitbaren Tatsachen hervorgehend damals wie heute näher, als die „Vernunftidee einer friedlichen, wenngleich noch nicht freundschaftlichen, durchgängigen Gemeinschaft aller Völker auf Erden?“¹⁰ (Und um den möglichen Einwand gegen alle hier aufgeführten rein theoretischen Gedanken für ein friedlicheres Zusammenleben auf Erden zu begegnen, hält Arnold abschließend mit Kant daran fest: „Was aus Vernunftgründen für die Theorie gilt, das gilt auch für die Praxis.“¹¹

¹⁰ Kant, I., Die Metaphysik der Sitten, § 62.

¹¹ Kant, I., Über den Gemeinspruch, letzter Satz.

Korruptionsstrafbarkeit und politische Eliten

– Wo liegt die Grenze zwischen strafbarer Korruption und strafloser Vetternwirtschaft?

I. Einführung

Die strafrechtlichen Systeme in den verschiedenen Ländern Europas und in der Welt sind sich – trotz mancher Unterschiede im Detail – in vielen Punkten sehr ähnlich. Dies betrifft sowohl die rechtsdogmatischen Strukturen als auch die rechtstatsächlichen Probleme innerhalb der verschiedenen Länder, für die jeweils Lösungen gefunden werden müssen. Die Lösung der tatsächlichen Probleme erfordert dabei aber zuweilen auch den Einsatz des Strafrechts, als „schärfstem Schwert“ des Staates.

Einem dieser Probleme, welches den meisten Rechtsordnungen innewohnt, soll im vorliegenden Beitrag nachgegangen werden. Es handelt sich dabei um eine Frage, die auf der Grenze zwischen erlaubtem und unerlaubtem Verhalten angesiedelt ist und welche in der Praxis häufig, ja sicherlich täglich vorkommt, allerdings weder in der **Rechtspraxis** eine große Rolle spielt noch in der **Wissenschaft** intensiv diskutiert wird – nämlich die Frage nach der rechtlichen Behandlung der Korruption im Bereich der „Eliten“. Dabei setzt eine exakte juristische Analyse dieser Problematik als erstes voraus, dass man sich über den Gegenstand, der betrachtet wird, im Klaren ist. Es ist also erforderlich, sich zunächst Gedanken darüber zu machen, was unter dem Begriff der „Elite“ zu verstehen ist. Festzuhalten ist an dieser Stelle jedenfalls, dass es diese „Eliten“ überall in der Welt gibt, in Deutschland ebenso wie in Georgien. Meine besondere Beziehung zu Georgien, die nicht unwesentlich geprägt wurde durch unserer verehrten Jubilarin, Frau Dr. *Ketewan Mtschedlischwili-Haedrich*, der ich diesen Beitrag für ihre Festschrift in herzlicher Dankbarkeit widme, ließ in mir die Erkenntnis reifen, dass auch in Georgien bestimmte Eliten einen gewissen Einfluss ausüben, sei es im täglichen Umgang miteinander oder bei der Vergabe bestimmter Ämter oder einflussreicher Jobs. Ob ein solches Verhalten tolerierbar ist, weil es schlicht gesellschaftlichen Gepflogenheiten entspricht, oder zu kritisieren ist, muss der Beurteilung eines jeden Einzelnen überlassen bleiben. Ob es allerdings strafrechtlich relevant ist, hat die jeweilige nationale Rechtsordnung zu entscheiden. Einen kleinen Einblick

in die nationale Rechtsordnung Georgiens konnte bei meinen vielen Reisen nach Tbilisi und Batumi gewinnen, mehrere Projekte, Austauschprogramme und Workshops, stets begleitet von einem umfangreichen Kulturprogramm waren Teil meiner dortigen Besuche – und oft war es unsere Jubilarin, die hieran mitwirkte und der ich insofern viel zu verdanken habe. Ich hoffe daher, dass auch meine heutigen Ausführungen zur „Elitenkorruption“, die ich vor Jahren auch einmal im Rahmen einer gemeinsamen Veranstaltung in Tbilisi vortragen durfte, auf ihr Interesse stoßen.

II. Der Begriff der „Elite“

Jede Gesellschaft besteht zwangsläufig aus mehreren sozialen **Schichten**. Dies ist in allen Ländern auf dieser Erde gleich. Es handelt sich dabei klassischerweise um die „Mächtigen“ auf der einen und die „Handlanger“ dieser „Mächtigen“ auf der anderen Seite. Es kann differenziert werden zwischen den „Entscheidungsträgern“ und dem „Fußvolk“, den „Regierenden“ und den „kleinen Leuten“, letztlich geht es um das „Oben“ und um das „Unten“ in einer Gesellschaft.¹ Diese Aufteilung in „Oben“ und „Unten“ ist in autoritär regierten Staaten zwar deutlicher vorhanden als in demokratischen Systemen. Eine solche Schichtung – die genannte Einteilung der Bevölkerung in ein „Oben“ und in ein „Unten“ – ist aber gleichwohl auch in demokratisch regierten Staaten bekannt. Zwar geht in den politischen Systemen der demokratisch strukturierten Länder „alle Macht vom Volke“ aus. Aber auch das Volk wählt „Regierungen“, also die politische Elite des Staates – und diese übt am Ende wiederum zwangsläufig Macht über das Volk aus, das sie zuvor gewählt hat. Dieses politische System spiegelt sich in der Wirtschaft wider, denn in gleicher Weise wählen hier die Aktionäre die „Vorstände“ und „Aufsichtsräte“ in ihrer Gesellschaft. Diese aber entscheiden später nicht nur „für“ die Gesamtheit der Aktionäre, sondern eben auch „über sie“.

Durch dieses System bilden sich zwangsläufig bestimmte Eliten als soziologisches Phänomen heraus.² Die Zugehörigkeit zu einer bestimmten

¹ Vgl. schon *Mosca*, Die herrschende Klasse, 1950, S. 53; ferner *Hartmann*, Elitesozio-
logie, 2004, S. 19 ff.; *Tröger*, Elitenbildung – Überlegungen zur Schulreform in einer
demokratischen Gesellschaft, 1968, S. 22 f.

² Vgl. zum Begriff der Elite *Bohlender/Münkler/Straßenberger*, Deutschlands Elite im
Wandel, 2006; *Bürklin/Rebenstorff* u.a., Eliten in Deutschland. Rekrutierung und Integra-

Elite ist dabei niemals abschließend und formal. Während die Entscheidung über die gesellschaftliche Stellung eines Menschen früher meist mit dessen Geburt gefallen war und nur derjenige Macht und Einfluss erlangen konnte, der z.B. dem Adelsstand angehörte, sind die Eliten heute grundsätzlich offen für Angehörige aller Schichten, mithin durchlässiger.³ Jeder kann sich in einen elitären Kreis „hineinarbeiten“, aber ebenso gut auch wieder aus diesem „herausfallen“. Der „Zugang zur Führung“ ist in einem solchen System prinzipiell jedermann offen, soweit er über die Fähigkeit verfügt, diejenige Leistung zu bringen, die von ihm in der konkreten Position erwartet wird.⁴

Die Rollenbilder innerhalb dieser Eliten sind dabei ebenso unbestimmt: Manche Personen in bestimmten Kreisen spielen in „ihrer“ Elite eine zentrale Rolle, manche sind dagegen eher als „Randfiguren“ einzustufen. Fest steht jedenfalls: Es **gibt** diese Eliten und zwar in vielfältiger Hinsicht auch in demokratisch strukturierten Gesellschaften. Dabei orientieren sich die Eliten an den gesellschaftlichen Kategorien („Funktionseliten“⁵). So gibt es z.B. eine politische Elite, eine gesellschaftliche Elite, eine wirtschaftliche Elite, eine kulturelle Elite, eine sportliche Elite und eine wissenschaftliche Elite.

Der Elitenbegriff ist dabei noch in anderer Hinsicht **vielfältig**. Eine Person kann nämlich mehreren dieser Eliten zur gleichen Zeit angehören, muss dies aber nicht. Hierdurch besteht die Möglichkeit, dass sich die Macht oder der Einfluss einer Person gewissermaßen potenziert. Daneben ist festzustellen, dass sich die Eliten oftmals überschneiden – was dann dazu führt, dass sich die beteiligten Personen öfter zu bestimmten Gelegenheiten treffen. Sie haben untereinander mehr oder weniger intensiven Kontakt. Zu nennen sind hier beispielhaft bestimmte hochkarätig

tion, 1997; *Grabow*, Elitenrekrutierung aus sozial-psychologischer Perspektive. Einflüsse von Habitus, Herkunft und wahrgenommener Kompetenz auf Auswahlentscheidungen für Führungspositionen, 2014; *Hartmann*, Der Mythos von den Leistungseliten. Spitzenkarrieren und soziale Herkunft in Wirtschaft, Politik, Justiz und Wissenschaft, 2002; *ders.*, Elitesozilogie, 2004; *ders.*, Eliten und Macht in Europa – Ein internationaler Vergleich, 2007; *ders.*, Deutsche Eliten: Die wahre Parallelgesellschaft. Aus Politik und Zeitgeschichte, Heft 15/2014.

³ Vgl. *Bernsdorf*, Wörterbuch der Soziologie, 2. Auflage 1969, S. 217.

⁴ *Bernsdorf* (Fn. 3), S. 217.

⁵ *Bernsdorf* (Fn. 3), S. 218; *Hartmann* (Fn. 1), S. 54.

besetzte Veranstaltungen, die nicht jeder, sondern eben nur „geladene Gäste“ besuchen können. Es handelt sich dabei um Veranstaltungen, für die man eine besondere „Einladung“ braucht und die daher nicht öffentlich zugänglich sind.

III. Problemstellung

Bei der Frage, wodurch sich diese Eliten auszeichnen, stößt man schnell auf zwei verschiedene Kriterien: Einerseits ist die Elite nie die „Masse“.⁶ Es handelt sich bei der Elite stets nur um wenige einflussreiche Personen, die sich in den meisten Fällen untereinander auch gut kennen und die sich von der Mehrheit der Bevölkerung durch ganz bestimmte Kriterien abheben. Die Bedeutung des Wortes Elite, wie es heute im deutschen Sprachgebrauch herrscht, leitet sich dabei auch aus seiner etymologischen Herkunft ab. Das Wort entstammt ursprünglich dem lateinischen „eligere“ und gelangte über das französische Wort „élite“ (zu Deutsch: wählen) in die deutsche Sprache.⁷ Kurzum: Schon der Etymologie des Wortes „Elite“ ist zu entnehmen, dass es dabei immer um eine Auswahl geht und dass die Wahl ihrer Mitglieder die Elite überhaupt erst zu einer solchen macht.

Eines der zentralen Kriterien der Elite sind dabei besondere Entscheidungsbefugnisse in bestimmten Bereichen, d.h. die Möglichkeit der Ausübung von **Macht**. Diese Entscheidungsbefugnisse können rein formaler Art sein. So kann die Regierung eines bestimmten Landes ebenso Entscheidungen treffen wie es die Vorstände einer Aktiengesellschaft tun können. Dabei sind jeweils bestimmte Formen einzuhalten und es gelten im Regelfall weithin transparente Spielregeln. In diesen Bereichen ist die Ausübung von Macht auch nicht verwerflich, sondern meist sogar gerade gesetzlich vorgesehen: Die Regierung und das Parlament **sollen** gerade Entscheidungen treffen, die für andere, d.h. für das „Volk“ verbindlich sind. Diese Form der Machtausübung ist für den Bestand einer Gesellschaft unerlässlich.⁸ Dasselbe gilt im privatwirtschaftlichen Bereich: Der

⁶ Tröger (Fn. 1), S. 11, 16.

⁷ Gamillscheg, Etymologisches Wörterbuch der französischen Sprache, 2. Auflage 1969; Tröger (Fn. 1), S. 12.

⁸ Vgl. Bernsdorf (Fn. 3), S. 218 – es bedarf in einer Demokratie „aktiver Minderheitsgruppen, um den politischen Willen [...] überhaupt bilden zu können.“

Vorstand einer Aktiengesellschaft **soll** gerade Entscheidungen treffen, an die sich die ausführenden Gremien halten müssen.

Daneben kann die Ausübung von Macht allerdings auch andere Formen annehmen, nämlich solche, die weniger formaler, sondern eher faktischer Art sind: Das „gute Wort“, das man für einen anderen einlegt, der „Ratschlag“, den man anderen erteilt, die „Bewertung“, die man anderen Personen gegenüber abgibt. Alle diese Verhaltensweisen können eine unterschiedliche Wirkung erzielen, je nachdem, wie „wichtig“ die machtausübende Person ist und je nachdem, welche Funktion sie ausübt.

Wenn z.B. ein anerkannter **Literaturkritiker** ein bestimmtes Buch empfiehlt, hat dies sicherlich eine andere (nämlich eine wesentlich stärkere) Wirkung, als wenn ein einfacher Leser auf einer Literaturplattform im Internet eine solche Empfehlung abgibt. Wenn ein **Strafrechtsprofessor** einem Kollegen gegenüber einen bestimmten Studenten als besonders begabt oder besonders intelligent bezeichnet, zeigt dies mehr Wirkung, als wenn dies die Sekretärin des Professors tut, obwohl diese die einzelnen Noten des Studenten vielleicht besser kennt als der Professor. Wenn der entsprechende Kollege, dem gegenüber man die Empfehlung abgibt, später einmal einen studentischen Mitarbeiter einstellen oder ein Promotionsthema vergeben möchte, wird er sich eher an die Empfehlung seines Kollegen erinnern, als an die Empfehlung von dessen Sekretärin. Er wird der Empfehlung des Professors größeres „Gewicht“ beimessen, eben deshalb, weil dieser zur wissenschaftlichen Elite gehört, seine Sekretärin aber nicht.

Nun müssen aber die Beurteilungen des Professors, seine „Empfehlungen“ und „Entscheidungen“ nicht immer objektiv sein. Sie können – und sie sind es auch meist – von persönlichen Vorlieben und Ansichten geprägt sein. Auch dies ist nicht unbedingt verwerflich. Wenn der Literaturkritiker nach seiner Meinung über ein bestimmtes Buch oder der Professor zu den Fähigkeiten eines bestimmten Studenten gefragt wird, dann soll ja gerade die persönliche Meinung und die persönliche Einschätzung des jeweiligen, in seinem Fachgebiet besonders anerkannten Experten im Mittelpunkt stehen.

Diese persönliche Meinung kann nun aber, ebenso wie die formalen Entscheidungen der zuvor genannten Entscheidungsträger (erinnert werden soll hier an die Entscheidungen der Regierung oder an diejenigen des Vorstands einer Aktiengesellschaft), durchaus geprägt sein von bestimmten Interessen, die nach außen hin nicht transparent gemacht werden. In

diesen Fällen ist es denjenigen Personen, die diese Interessen verfolgen, oftmals auch ein besonderes Anliegen, von vornherein Einfluss darauf zu nehmen, dass ihre Interessen tatsächlich Berücksichtigung finden. In diesen Fällen besteht dann aber auch die Gefahr, dass die entsprechenden Empfehlungen „gekauft“ werden.

Dabei ist der „Kauf“ nicht wörtlich zu verstehen. Selbstverständlich gibt es Fälle, in denen jemand dem Literaturkritiker schlicht und einfach Geld dafür bezahlt, dass er ein bestimmtes Buch besonders empfiehlt. Selbstverständlich kann auch an einen bestimmten Professor Geld dafür bezahlt werden, dass er bei der nächsten Stellenbesetzung den Sohn des Geldgebers – oder den Sohn eines Freundes des Betreffenden – entweder selbst anstellt oder die jeweilige Person einem Kollegen empfiehlt.

Damit erschöpft sich die elitäre Einflussnahme jedoch nicht. Die Mehrzahl der Einflussnahmen läuft nämlich auf einer ganz anderen Ebene ab, auf der nicht notwendigerweise Geld fließt, sondern weitergehende Einflüsse gesichert werden sollen. Zwei Beispiele sollen dies verdeutlichen:

(1) Der bereits genannte Professor einer Universität ist zugleich Mitglied in einem Tennisclub. Ein anderes Mitglied des Tennisclubs, ein reicher Unternehmer, verwickelt den Professor in ein Gespräch: Er habe, so sagt der Unternehmer, einen guten Freund und dessen Sohn studiere an der Universität des Professors Rechtswissenschaft. Der Sohn suche eine Anstellung als studentischer Mitarbeiter oder eine Promotionsmöglichkeit – ob sich da denn „nichts machen“ ließe. Obwohl es sich bei dem Betreffenden, was dessen Qualifikation anbelangt, nicht um den besten Studenten handelt und er ohne diese Fürsprache wohl niemals eine Chance gehabt hätte, wird er am Lehrstuhl des Professors angestellt oder erhält die Möglichkeit zur Promotion. Der Professor entscheidet sich dabei nicht deshalb für ihn, weil er von irgendjemandem Geld dafür bekommt. Er trifft die Entscheidung deshalb, weil er seinen Bekannten aus dem Tennisclub nicht verärgern möchte. Dabei spielt oft auch die Überlegung eine Rolle, dass er die Solidarität des Vorteilsgebers vielleicht zu einem späteren Zeitpunkt selbst einmal gerne in Anspruch nehmen würde. Vielleicht möchte er ja selbst auch einmal seinen Sohn – oder den Sohn eines Freundes – in der Firma des Unternehmers „unterbringen“. Möglicherweise ist der Professor auch später einmal auf die Unterstützung des Unternehmers angewiesen, wenn er sich in den Vorstand des Tennisclubs wählen lassen möchte. Denn es ist schließlich immer gut, einen Freund oder Bekannten zu haben, der einem noch „einen Gefallen schuldet“.

(2) Der Bürgermeister einer kleinen Stadt ist – wie zumeist – auch Mitglied einer bestimmten politischen Partei. Es sind einige Stellen in der Verwaltung der Gemeinde neu zu besetzen. Dabei handelt es sich um Stellen, die durchaus auch eine gewisse Entscheidungskompetenz mit sich bringen. Es gibt viele Bewerber, bessere und schlechtere. Ein wesentliches Entscheidungskriterium für die Auswahl des Mitarbeiters durch den Bürgermeister kann nun aber die Tatsache darstellen, dass der betreffende Bewerber auch Mitglied seiner eigenen politischen Partei (oder Mitglied seines Tennisclubs oder seiner Familie) ist. Der Bürgermeister stellt nun einen schlechter qualifizierten Bewerber ein, der aber Mitglied seiner Partei (oder Mitglied seines Tennisclubs oder seiner Familie) ist und argumentiert dabei, diese Auswahl sei nicht verwerflich, denn er brauche in seiner Verwaltung schließlich Personen, auf die er sich unbedingt verlassen könne, am besten Personen, zu denen er eine persönliche Beziehung besitzt oder Personen, die bestimmte Interessen mit ihm teilen. Eine Zusammenarbeit sei doch viel effektiver, argumentiert er, wenn er die betreffenden Personen kenne oder wenn seine Mitarbeiter jedenfalls Bekannte von Personen seien, die seine Interessen teilen oder ihm in irgendeiner Weise zu Dank verpflichtet sind. Obwohl die Arbeitsstellen in der kommunalen Verwaltung nicht „politisch“ sind, würde er doch viel lieber und effektiver mit Personen zusammenarbeiten, die seine Grundpositionen teilen, weil sie mit ihm entweder die Parteizugehörigkeit teilen, oder aber schlicht, weil sie seine Freunde sind.

An dieser Stelle muss gefragt werden, ob solche Verhaltensweisen – die des Professors und die des Bürgermeisters – überhaupt **moralisch verwerflich** oder nicht eher sogar verständlich sind. Darüber hinaus ist zu überlegen, ob diese Verhaltensweisen möglicherweise auch **rechtlich relevant** sind und ob man sie dem weiten Bereich der Korruption zuordnen kann. Bejaht man Letzteres, ist die weitergehende Frage zu stellen, ob es sich dabei dann auch um **strafrechtlich relevante Korruption** handelt, oder ob es nicht auch einen Bereich gibt, der zwar dem Begriff der Korruption unterfällt, der aber dennoch keinen Straftatbestand erfüllt.⁹

An dieser Stelle kann sich jeder Leser selbst fragen, ob die eigenen

⁹ Dazu, dass der Begriff der Korruption weiter ist als der Bereich der strafrechtlich relevanten Korruption vgl. Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch (LK)-*Sowada*, 12. Aufl., Vor § 331 Rn. 41; *Überhofen*, Korruption und Bestechungsdelikte im staatlichen Bereich, 1999, S. 30 ff.

getroffenen Entscheidungen, z.B. an der Juristischen Fakultät, bei der Neu-besetzung einer Professorenstelle, bei der Einstellung eines Mitarbeiters oder bei der Annahme eines Doktoranden, wirklich immer ausschließlich danach getroffen wurden, ob es sich bei einem bestimmten Bewerber um den „objektiv besten Kandidaten“ gehandelt hat oder ob nicht das eine oder andere Mal auch persönliche Einflüsse eine gewisse Rolle spielten.

Ob das geschilderte Verhalten zumindest als **moralisch verwerflich** einzustufen ist, das wurde in der Einleitung bereits angedeutet, vielfach auch eine Frage der Tradition und wird – abhängig von den kulturellen Unterschieden in der jeweiligen Gesellschaft – von Land zu Land anders beantwortet werden können. Bereits hier (d.h. bei der Frage nach der Verwerflichkeit des Handelns) kann man, je nach Aufenthaltsort und Herkunftsland, zu einer ganz unterschiedlichen Einschätzung gelangen.

Während es in Deutschland zwar möglich, aber sicherlich unüblich ist, sich bei einem Besuch – insbesondere einem beruflich veranlassten Besuch – gegenseitig mit Gastgeschenken zu bedenken, ist es in anderen Ländern völlig undenkbar, dass man ohne die entsprechenden Gastgeschenke erscheint. Meist wäre es dabei undenkbar, ein solches Gastgeschenk – etwa unter Hinweis auf das strenge deutsche Korruptionsstrafrecht – zurückzuweisen. Es käme nahezu einer Beleidigung gleich würde man seinem freudestrahlenden Kollegen sagen, er solle das Geschenk behalten und dürfe auch kein Foto von der Übergabe des Gastgeschenkens machen und auf seiner Uni-Webseite veröffentlichen. Diese kulturellen Besonderheiten sind zu beachten, wenn man sich mit dem Phänomen der Korruption auseinandersetzt.

Wichtiger für die vorliegende Beurteilung ist jedoch die strafrechtliche Perspektive. Es ist zu fragen, ob – und wenn ja in welchem Umfang – solche Verhaltensweisen auch **strafrechtlich** erfasst werden können. Handelt es sich dabei tatsächlich um strafwürdige Verhaltensweisen und sollten, sofern man dies annimmt aber die geltenden Strafnormen nicht greifen, möglicherweise neue Straftatbestände erlassen werden, die eben diese Verhaltensweisen erfassen?

Wenn im Folgenden der Frage nachgegangen wird, ob es sich bei den geschilderten Verhaltensweisen – in Deutschland wird dies oft auch mit den Begriffen „Vetternwirtschaft“, „Nepotismus“¹⁰ oder schlicht „Filz“ umschrieben – um strafrechtlich relevante Korruption handelt, müssen zuerst die Begriffe der Elite und der Korruption in Bezug auf deren recht-

¹⁰ Vgl. zum Begriff des „Nepotismus“ *Eschenburg, Ämterpatronage*, 1961, S. 19.

liche Bedeutung geklärt werden. Hierauf soll nun im Folgenden eingegangen werden.

IV. Der Begriff der „Elitenkorruption“

Als „**Elite**“ werden gemeinhin die Inhaber von Spitzenpositionen eines Landes verstanden, welche die strategischen Entscheidungen in Politik, Wirtschaft und Verwaltung, sowie in Kirchen, Verbänden, Gewerkschaften, verschiedenen Kulturbranchen und in großen Wissenschaftsinstitutionen treffen.¹¹

Kennzeichnend für „**Korruption**“ sind dagegen der **Missbrauch von Macht**, die **fehlende Transparenz**, das Handeln zur Erlangung persönlicher Vorteile und die fehlende Sachlichkeit von Entscheidungen.¹² Der Täter bekleidet zumeist ein bestimmtes hoheitliches Amt in einem Staat. Dieses Amt muss ihm eine besondere Entscheidungsmacht verleihen, wobei andere Personen von diesen Entscheidungen abhängig sind. Wesentliches Element staatlicher Macht ist es zudem, dass der Staat in den meisten Fällen auch und gerade eine **Monopolstellung** besitzt. Der einzelne Bürger kann nur von ihm – und meist auch nur von dem jeweils zuständigen Beamten – z.B. eine bestimmte Genehmigung oder eine bestimmte Leistung erlangen.

Ein Beispiel soll hier zur Veranschaulichung dienen: Ein Bürger beantragt bei der zuständigen Behörde eine Genehmigung zum Betrieb einer Gaststätte. Der zuständige Beamte verweigert ihm diese ohne Grund und sagt, er würde die Genehmigung nur erteilen, wenn man ihm auf sein privates Bankkonto 1.000 Euro überweist. Zwar kann der betroffene Bürger, sofern er einen Anspruch auf diese Genehmigung hat, nun vor Gericht

¹¹ Hartmann (Fn. 1), S. 10 f.; Kaelble, Sozialgeschichte Europas – 1945 bis zur Gegenwart, 2007, S. 155.

¹² Vgl. zur Korruption in Deutschland allgemein Androulakis, Die Globalisierung der Korruptionsbekämpfung, 2007; Bannenberg, Korruption in Deutschland und ihre strafrechtliche Kontrolle, 2002; Claussen/Ostendorf, Korruption im öffentlichen Dienst, 2. Aufl. 2002; Dölling, Handbuch der Korruptionsprävention, 2007; ders., Die Neuregelung der Strafvorschriften gegen Korruption, ZStW 112 (2000), 334; Eser/Überhofen/Huber (Hrsg.), Korruptionsbekämpfung durch Strafrecht, 1997; Greeve, Korruptionsdelikte in der Praxis, 2005; Gribl, Der Vorteilsbegriff bei den Bestechungsdelikten, 1993; Hardtung, Erlaubte Vorteilsannahme, 1994; B. Heinrich, Rechtsprechungsüberblick zu den Bestechungsdelikten, §§ 331–335 StGB (1998–2003), NStZ 2005, 197, 256.

ziehen und diese Genehmigung einklagen – zumindest gelingt ihm dies, wenn der betreffende Staat eine funktionierende Verwaltungsgerichtsbarkeit hat (was in vielen Ländern im Übrigen nicht der Fall ist). Am Ende wird der Bürger möglicherweise auch Recht bekommen und das Gericht erteilt ihm diese Genehmigung. Der Prozess wird in der Regel jedoch sehr lange dauern, oft Jahre. Und in dieser Zeit darf der betroffene Bürger seine Gaststätte nicht betreiben. Er muss warten. Hierdurch erleidet er meist einen hohen Schaden, denn er kann in dieser Zeit nicht arbeiten und kein Geld verdienen. Diesen Schaden kann der Bürger nun aber regelmäßig dadurch vermeiden, dass er dem Beamten das von diesem verlangte Geld zahlt. Das ist billiger als ein Prozess vor dem Gericht und geht vor allem schneller.

Das Gleiche gilt dann, wenn der Bürger eine Aufenthaltsgenehmigung erhalten oder ein Visum beantragen möchte. Es ist für ihn nicht sinnvoll, wenn die Erteilung des Visums ein Jahr dauert oder wenn ein entsprechendes gerichtliches Verfahren fünf Jahre in Anspruch nimmt. Daher ist es oft effektiver, wenn er dem zuständigen Beamten 100 Euro zahlt und das Visum dann bereits am nächsten Tag erhält. Eben diese Möglichkeiten der Einflussnahme sind die Keimzellen der Korruption!

Im Ergebnis ist also festzustellen: Der betroffene Bürger ist von dem rechtmäßigen oder rechtswidrigen Verhalten des Beamten, der ihm die Genehmigung erteilen soll, **abhängig**. Insoweit übt der Beamte eine gewisse **Macht** über ihn aus. Und gerade wegen dieser Machtausübung ist es auch besonders verwerflich, wenn der Amtsträger Geld dafür fordert, um dem von ihm abhängigen Bürger etwas zu gewähren, auf das dieser – wie gesagt – eigentlich einen Anspruch hat.

Diese Monopolstellung unterscheidet auch die **staatliche Korruption** von der **privaten Korruption**: Wenn jemand ein Auto kaufen möchte und hierzu in ein bestimmtes Autohaus geht, so ist es nicht sehr wirkungsvoll, wenn der Verkäufer ihm dieses Auto nur gegen die Zahlung eines Bestechungsgeldes auf sein privates Konto verkaufen möchte. Denn der Käufer kann hier zu einem anderen Autohaus gehen und das gleiche Auto dort kaufen. Er ist nicht darauf angewiesen, dass ihm gerade dieser bestimmte Verkäufer in diesem bestimmten Autohaus ein Auto verkauft. Eben diese Wahlmöglichkeit unterscheidet den Autokauf auch von einer staatlichen Genehmigung. Denn hier kann die betreffende Person nicht zu einer anderen Behörde gehen und die Genehmigung dort beantragen. Denn für die Erteilung einer Genehmigung ist in der Regel nur ein ganz bestimmter

Beamter zuständig.

Es ist also festzuhalten: Der einzelne Bürger ist von einem staatlichen Amtsträger in weit größerem Maße abhängig als von einem privaten Händler. Diese **Abhängigkeit**, verbunden mit einer **Monopolstellung**, ist einer der wesentlichen Aspekte für die besondere Verwerflichkeit staatlicher Korruption.

Es gibt aber noch einen zweiten Punkt, der für die Korruption im Allgemeinen kennzeichnend ist: die **Intransparenz**. Üblicherweise findet die Korruption im Verborgenen statt. Das Geld wird „unter dem Tisch“ gezahlt. Weder der Dienstvorgesetzte noch andere Personen bekommen hiervon etwas mit. Da sich beide Parteien, sowohl derjenige, der das Geld zahlt als auch derjenige, der das Geld entgegen nimmt – zumindest nach deutschem Recht – strafbar machen, wird auch regelmäßig keiner der beiden Personen eine Anzeige bei der Polizei erstatten. Die Korruption bleibt „unsichtbar“. Es gibt meist auch keine direkten Opfer: Dadurch dass eine bestimmte Person eine Genehmigung erhält oder nicht erhält oder eine Polizeistreife einen betrunkenen Autofahrer festnimmt oder weiterfahren lässt, wird niemand unmittelbar geschädigt. Wo es aber keine Opfer einer Tat gibt, wird es auch niemanden geben, der eine solche Tat anzeigt. Die Korruption bleibt unsichtbar.

Kennzeichnend für **„Korruption“** sind also zusammengefasst: der **Missbrauch von Macht**, die **fehlende Transparenz**, das Handeln zur Erlangung persönlicher Vorteile und die fehlende Sachlichkeit von Entscheidungen.

Fasst man nur die beiden Begriffe **„Elite“** und **„Korruption“** zusammen folgt hieraus eine vorläufige Bestimmung des Begriffs der **„Elitenkorruption“**. Es soll darunter der Missbrauch von Macht durch die führenden Personen in Politik, Wirtschaft und Gesellschaft verstanden werden, der sich meist durch fehlende Transparenz auszeichnet und den Beteiligten persönliche Vorteile sichert. Darunter fallen Vorteile, die nicht zwingend in Geld zu beziffern sind, sondern zumeist in der Vergrößerung des Einflusses liegen – und damit auch in der Vergrößerung von Macht. Dies kann insbesondere bewirkt werden durch eine intensive Lobbyarbeit, durch die Bildung von Netzwerken¹³ und die Nutzung informeller Kanäle. Dies alles sind Kennzeichen der Elitenkorruption, in deren Zentrum oft die Ausnut-

¹³ Hierzu v. Arnim, Korruption, Netzwerke in Politik, Ämtern und Wirtschaft, 2003; Karsten/v. Thiessen (Hrsg.), Nützliche Netzwerke und korrupte Seilschaften, 2006.

zung von persönlichen Beziehungen steht – und eben nicht die Sachlichkeit der jeweiligen Entscheidungen.

Die skizzierten Verhaltensweisen lassen sich insoweit auch problemlos unter den Begriff der Korruption fassen. Das gilt jedenfalls dann, wenn man den Begriff der Korruption in einem weiteren Sinne versteht. Denn die Elitenkorruption erfüllt sämtliche Voraussetzungen des zuvor aufgezeigten Korruptionsbegriffes, der umschrieben wurde mit den Elementen „Missbrauch von Macht“, „fehlende Transparenz“, „Mehring persönlicher Vorteile“ und „mangelnde Sachlichkeit der getroffenen Entscheidungen“.

V. Die strafrechtliche Bewertung der „Elitenkorruption“

Nach den getroffenen Feststellungen soll hinterfragt werden, ob die geschilderten Verhaltensweisen, die in der täglichen Praxis der Eliten durchaus zuweilen anzutreffen sind, auch als strafbare Korruption anzusehen sind und wo – wird dies angenommen – die Grenzen von erlaubter und unerlaubter Einflussnahme zu ziehen sind.

Hierzu sind – legt man das deutsche Strafrecht zu Grunde – folgende Überlegungen voran zu stellen: Im deutschen Strafrecht wird die Korruption **als solche** nicht unter Strafe gestellt. Es gibt keinen allgemeinen Straftatbestand der „Korruption“ und der Begriff der „Korruption“ ist auch kein auslegungsfähiges Tatbestandsmerkmal einer bestimmten Strafvorschrift. Vielmehr unterscheiden wir in Deutschland vier Bereiche von Korruption, die jeweils – mit ganz unterschiedlichen Voraussetzungen – in verschiedenen Abschnitten des Strafgesetzbuches geregelt sind: 1. die **Korruption von Amtsträgern** (d.h. die „staatliche“ Korruption), die umfassend in den §§ 331 ff. dStGB geregelt ist; 2. die **Korruption von Angestellten** im geschäftlichen Verkehr (d.h. die „private“ Korruption), die in § 299 dStGB unter Strafe gestellt ist, die 3. die **Korruption von Mandatsträgern** in politischen Parlamenten (d.h. die „politische“ Korruption), die ihren Niederschlag in der erst einigen Jahren geänderten Strafvorschrift des § 108e dStGB¹⁴ gefunden hat, und 4. die in Deutschland erst jüngst strafrechtlich erfasste **Korruption im Gesundheitswesen**, geregelt in §§ 299a, 299b dStGB.

¹⁴ Geändert durch Art. 1 Nr. 4 des 48. Strafrechtsänderungsgesetzes vom 23. April 2014, BGBl. 2014 I, S. 410; vgl. hierzu auch die Materialien BT-Drucks. 18/476; BR-Drucks. 64/14.

Schon aus diesen verschiedenen Regelungen ist ersichtlich, dass die Korruption im deutschen Strafrecht nicht abschließend geregelt ist. So fällt der genannte Literaturkritiker, der Geld dafür annimmt, dass er ein bestimmtes Buch als gut oder schlecht beschreibt, unter keinen der zuvor genannten Bereiche. Er ist weder Amtsträger, noch Mandatsträger und auch nicht Angestellter eines geschäftlichen Betriebes oder im Gesundheitswesen beschäftigt. Damit ist er schon vom Täterkreis der Korruptionsdelikte nicht erfasst.

Aber auch in den anderen Bereichen typischer Elitenkorruption ist das Verhalten vielfach nach geltendem deutschem Recht nicht strafbar. Zwar ist ein Professor einer staatlichen Universität „Amtsträger“ im Sinne der Bestechungstatbestände der §§ 331 ff. dStGB. Es ist aber durchaus problematisch, ob das geschilderte Verhalten – die Vermittlung des Sohnes eines Freundes im Hinblick auf eine Arbeitsstelle an der Universität oder die Vermittlung einer Promotionsmöglichkeit, um einem Freund einen Gefallen zu tun oder um später selbst einmal von dem „gepflegten“ Verhältnis zu profitieren – tatbestandlich von den §§ 331 ff. dStGB erfasst ist.

Denn nach § 331 Abs. 1 dStGB müsste der Professor „für die Dienstausbübung“ einen „Vorteil“ fordern, sich versprechen lassen oder annehmen. Während die Anstellung eines Mitarbeiters oder die Eröffnung einer Promotionsmöglichkeit noch als „Dienstausbübung“ im Sinne dieser Vorschrift angesehen werden kann, ist die Beurteilung des erlangten „**Vorteils**“ schwieriger. Zwar ist der Vorteil nicht auf materielle Werte oder gar Geldzahlungen beschränkt.¹⁵ Der Vorteil kann also durchaus auch immaterieller Art sein.¹⁶ Es ist für die Tatbestandserfüllung aber erforderlich, dass der Vorteil **konkret festgestellt** wird. Die bloße Aussicht, dass einem ein Bekannter einmal einen Gefallen schuldet oder dass sich der Amtsträger das allgemeine Wohlwollen seines Tennispartners erworben hat, reicht hierfür nicht aus. Ein solcher „Vorteil“ ist also im Hinblick auf die Erfüllung des Tatbestandes nicht konkret genug.¹⁷

¹⁵ Vgl. allgemein zum Vorteilsbegriff *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf-Heinrich*, Strafrecht Besonderer Teil, 3. Aufl. 2015, § 49 Rn. 24 ff.; ferner *Strehlow*, Einschränkungsmodelle zum Anwendungsbereich der Vorteilsannahme gemäß § 331 StGB, 2015.

¹⁶ *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf-Heinrich* (Fn. 15), § 49 Rn. 24.

¹⁷ In der Regel wird auf eine „objektive Messbarkeit“ des Vorteils abgestellt; vgl. dazu *Fischer*, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 63. Aufl. 2016, § 331 Rn. 11e f.; *Lackner/Kühl*, Strafgesetzbuch Kommentar, 28. Aufl. 2014, § 331 Rn. 5; Münchener Kommen-

Das Gleiche gilt für den Bürgermeister, der nur die mit ihm verbundenen Personen in der Verwaltung seiner Gemeinde anstellt. Zwar kann auch die Einstellung von Mitarbeitern als „Dienstausübung“ angesehen werden. Aber auch hier lässt sich ein **konkreter** „Vorteil“, sei es zum heutigen, sei es zu einem späteren Zeitpunkt, kaum feststellen. Das „allgemeine Wohlwollen“, die bloße „Aussicht auf eine gute Zusammenarbeit“ infolge politisch gleicher Gesinnung und der bloße Wunsch, dass die Verwaltungsabläufe von nun an reibungslos von statten gehen, sind auch hier zu wenig konkret, um als Vorteile im Sinne des Gesetzes angesehen zu werden.

Darüber hinaus wäre selbst dann, wenn man diese bloßen „Aussichten“ als Vorteile ansehen würde, zu fragen, ob ein solches Verhalten tatsächlich als **strafwürdig** anzusehen ist, oder ob gegebenenfalls der Tatbestand teleologisch reduziert werden sollte, weil das Verhalten des Bürgermeisters nachvollziehbar ist und letztlich rechtmäßig sein könnte. Es müsste dann auch gefragt werden, ob es nicht vielmehr ein sachliches Auswahlkriterium darstellt, dass der Bürgermeister bestrebt ist, eher mit Freunden und Bekannten zusammen zu arbeiten, da ihm hierdurch der reibungslose Ablauf der Verwaltungstätigkeit besser gesichert erscheint als bei der Anstellung möglicherweise formal besserer Bewerber und Bewerberinnen. Insofern ließe sich durchaus argumentieren, dass die Sicherstellung eines reibungslosen Verwaltungsablaufes gerade Sinn und Zweck der Auslese von Bewerbern sein sollte.

Diese grundsätzliche Frage soll an dieser Stelle unbeantwortet bleiben. Im Folgenden sollen vielmehr exemplarisch Bereiche herausgegriffen und einer strafrechtlichen Prüfung unterzogen werden, der als typische Erscheinungsformen der Elitenkorruption angesehen werden kann, nämlich die sogenannte **Ämterpatronage**.¹⁸

tar zum StGB (Müko)-Korte, 3. Aufl., § 331 Rn. 67 ff.; Schönke/Schröder-Heine/Eisele, Strafgesetzbuch Kommentar, 29. Aufl. 2014, § 331 Rn. 18 f.

¹⁸ Vgl. zu diesem Themenkreis v. Arnim, Ämterpatronage durch politische Parteien. Ein verfassungsrechtlicher und staatspolitischer Diskussionsbeitrag, 1980; Bieler, NJW 2000, 2400; Eschenburg, Ämterpatronage, 1961; Fricke, Probleme der Ämterpatronage, 1973; Lindenschmidt, Zur Strafbarkeit der parteipolitischen Ämterpatronage in der staatlichen Verwaltung, 2004; Mousiol, Ämterpatronage. Gefahr für die Demokratie, 2013; Schmidt-Hieber, NJW 1989, 558 (559); Schmidt-Hieber/Kiesswetter, NJW 1992, 1790; Wassermann, NJW 1999, 2330; Wichmann, Parteipolitische Patronage. Vorschläge zur Beseitigung eines Verfassungsverstößes im Bereich des öffentlichen Dienstes, 1986.

VI. Die Ämterpatronage

Unter Ämterpatronage versteht man die ungerechtfertigte Bevorzugung von Bewerbern bei der Besetzung von Ämtern und Positionen auf der Grundlage von Parteibüchern, Weltanschauungen, der Zugehörigkeit zu einer wissenschaftlichen Schule oder persönlichen Bekanntschaften an Stelle einer Bestenauslese. Persönliche Bekannte, Parteifreunde und Vereinsmitglieder werden insoweit bei Entscheidungen über Stellenbesetzungen bevorzugt, sei es infolge von „Empfehlungen“ durch andere Mitglieder derselben „Elite“, sei es aufgrund eigener Interessen oder vermeintlicher sozialer „Verpflichtungen“. Nicht die erbrachte (oder aufgrund der vorliegenden Bewerbungsunterlagen zu erwartende) Leistung und die Qualität des Bewerbers oder der Bewerberin, sondern die Mitgliedschaft in derselben Partei oder sozialen Gruppe sowie der persönliche Bekanntheitsgrad sind für die Stellen- und Auftragsvergabe entscheidend.

Dabei können bei der Ämterpatronage zwei Fallgruppen gebildet werden, die sich auf die Motivation des Entscheidungsträgers beziehen, warum er einer bestimmten Person zu einer Stelle verhilft: Die Herrschafts- und die Versorgungspatronage.¹⁹ Bei der **Herrschaftspatronage** bezweckt der Entscheidungsträger durch die Anstellung eines mit ihm verbundenen und ihm persönlich bekannten Bewerbers eine gewisse Steuerung der weiteren Entscheidungen und eine dauerhafte Sicherung seines Einflusses.²⁰ So sichert sich der genannte Bürgermeister durch die Anstellung von Personen, die ihm nahe stehen und die ihm letztlich für die Stellenvergabe dankbar sein müssen, deren Loyalität im Hinblick auf künftige Entscheidungen. Denn die betreffenden Personen werden seltener Entscheidungen treffen, die von den „Wünschen“ des Bürgermeisters abweichen als andere Bewerber und sie werden ihm auch dann noch verbunden sein, wenn dieser die Tätigkeit als Bürgermeister nicht mehr ausübt. Auf diese Weise ist es dem Bürgermeister möglich, auch über seine Amtszeit hinaus, seinen Einfluss geltend zu machen. Auch ist es denkbar, dass der Bürgermeister nach Ende seiner Amtszeit ein privates Unternehmen gründet oder in ein solches „einsteigt“ und durch seine engen persönlichen Kontakte mit den betreffenden Personen in der staatlichen

¹⁹ Vgl. zu diesen Fallgruppen *Eschenburg* (Fn. 10), S. 12 ff.

²⁰ *Eschenburg* (Fn. 10), S. 12.

Verwaltung nunmehr in der Lage ist, lukrative Geschäfte mit der Kommunalverwaltung abzuschließen, da die von ihm angestellten Personen ihm auch weiterhin als Entscheidungsträger wohlgesonnen sind. Insoweit ist es auch erklärbar, dass nach jedem Regierungswechsel die Schlüsselpositionen in Politik und Verwaltung – und teilweise auch in der Justiz – mit Personen besetzt werden, welche die politische Richtung des neuen Amtsinhabers oder der nunmehr regierenden Partei mittragen.²¹

Die zweite Fallgruppe ist die **Versorgungspatronage**. Diese zeichnet sich dadurch aus, dass bei der Stellenvergabe Personen berücksichtigt werden, denen der Entscheidungsträger entweder selbst noch einen „Gefallen“ schuldet oder die er jedenfalls berufsmäßig absichern und denen er zu einem dauerhaften Einkommen verhelfen will.²² Zu erinnern ist hier an die vor einigen Jahren in Deutschland aufgedeckten Vorkommnisse bei der Anstellung von Familienmitgliedern in den Büros von Mandatsträgern politischer Parlamente.²³

Was den öffentlichen Dienst angeht ist dieses Verhalten, das Verhelfen einer weniger geeigneten aber persönlich bekannten Person zu einer Stellung, **rechtswidrig**. Denn der Zugang zu einem öffentlichen Amt setzt nach Art. 33 Abs. 2 der deutschen Verfassung (dem Grundgesetz, GG) voraus, dass gerade derjenige mit der besten Befähigung – und nicht derjenige mit dem richtigen Parteibuch oder den besten persönlichen Beziehungen – die jeweilige Stelle in der öffentlichen Verwaltung besetzt.²⁴ Zudem ergeben sich auch aus Art. 3 Abs. 3 GG (Gleichbehandlungsgrundsatz) und Art. 20 Abs. 1 GG (Demokratieprinzip) Bedenken gegen derartige Verhaltensweisen. Insoweit ist bei der Besetzungen der Beamtenstellen eine Berücksichtigung politischer Anschauungen unzulässig. Es gilt unein-

²¹ Schmidt-Hieber, NJW 1989, 558.

²² Vgl. Eschenburg (Fn. 10), S. 15; ferner Fricke (Fn. 18), S. 13.

²³ Vgl. nur den Bericht <http://www.sueddeutsche.de/bayern/csu-gehaltsaffaere-noch-mehr-csu-politiker-beschaeftigten-die-familie-auf-staatskosten-1.1663265>, zuletzt abgerufen am 10. Februar 2016.

²⁴ Hierzu Bieler, NJW 2000, 2400 (2401); Hömig, Grundgesetz für die BRD, 10. Aufl. 2015, Art. 33 Rn. 4; Maunz/Dürig-Badura, Grundgesetz Kommentar, 75. Ergänzungslieferung, Stand September 2015, Art. 33 Rn. 25 ff.; v. Münch/Kunig, Grundgesetz, 6. Aufl. 2012, Art. 33 Rn. 16; Schmidt-Hieber, NJW 1989, 558 (559); Sachs-Battis, Grundgesetz Kommentar, 7. Auflage 2014, Art. 33 Rn. 27 ff.; Wichmann, Parteipolitische Patronage, 1986, S. 59 ff.; Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht II, 5. Aufl. 1987, § 107 Rn. 11.

geschränkt die „Bestenauslese“. Nur der am besten befähigte Kandidat darf die Stelle erhalten. Dennoch ist man sich aber darüber einig, dass die Rechtswidrigkeit der Besetzung von Ämtern nach dem Kriterium der persönlichen Bekanntschaft **keine Strafbarkeit** desjenigen nach sich zieht, der bei der Ämtervergabe nach persönlichen Präferenzen entscheidet. Die Ergreifung beamtenrechtlicher Maßnahmen gegen denjenigen, der eine rechtswidrige Einstellung vornimmt, mithin eine rechtswidrige Diensthandlung begeht, bleibt dabei allerdings möglich, sodass je nach Schwere des Verstoßes im Einzelfall diverse Sanktionen – bis zur Entfernung aus dem Beamtenverhältnis – in Betracht zu ziehen sind.²⁵ Wie bereits ausgeführt, ist die Ämterpatronage aber nicht durch die §§ 331 ff. dStGB erfasst. Es liegt keine strafbare Korruption vor, da das Verhalten zu keinem feststellbaren „Vorteil“ des Betroffenen führt. Allein die Sicherung von Macht und Einfluss sowie die Sicherung des allgemeinen Wohllollens sind davon nicht erfasst.

Diskutiert wird allerdings eine Strafbarkeit wegen **Untreue**, § 266 dStGB.²⁶ Dadurch, dass die betreffende Person nicht nach dem Leistungsprinzip, sondern aufgrund persönlicher Verbundenheit mit dem Entscheidungsträger angestellt wird, werde nämlich, so die Befürworter einer Strafbarkeit, gegen das **Wirtschaftlichkeitsgebot** verstoßen, da die Arbeitsleistung des weniger Qualifizierten auch wirtschaftlich weniger wert sei als die des besser Qualifizierten.²⁷ Daher wird innerhalb des strafrechtlichen Schrifttums teilweise ein Vermögensnachteil i.S.d. § 266 dStGB angenommen und damit der Straftatbestand der Untreue bejaht.²⁸ Es läge letztlich eine zweckwidrige Verwendung öffentlicher Mittel vor.²⁹ Die überwiegende Meinung lehnt eine solche Argumentation jedoch ab und verneint eine Strafbarkeit.³⁰ Unter Berufung auf die Rechtsprechung

²⁵ Vgl. für Bundesbeamte die §§ 5 ff. des Bundesdisziplargesetzes (BDG); für Beamte des Bundeslandes Baden-Württemberg die §§ 25 ff. LDG.

²⁶ Eine Strafbarkeit nach § 266 StGB annehmend *Schmidt-Hieber*, NJW 1989, 558; ausführlich zu dieser Thematik *Krell*, Untreue durch Stellenbesetzungen, 2015.

²⁷ *Schmidt-Hieber*, NJW 1989, 558 (560).

²⁸ *Schmidt-Hieber*, NJW 1989, 558 (560).

²⁹ *Schmidt-Hieber*, NJW 1989, 558 (560); vgl. hierzu allgemein auch BGHSt 43, 293; BGH NStZ 1984, 549; BGH NStZ 2001, 248; *Schönke/Schröder-Perron* (Fn. 17), § 266 Rn. 44.

³⁰ *Wittig*, Wirtschaftsstrafrecht, 3. Aufl. 2014, § 20 Rn. 154 ff.; vgl. auch *Lackner/Kühl* (Fn. 17), § 266 Rn. 17c a.E.

zum Anstellungsbetrug, § 263 dStGB,³¹ läge ein Vermögensschaden nicht bereits darin, dass der Stelleninhaber schlechter qualifiziert sei als ein anderer Bewerber. Erst dann, wenn er fachlich nicht in der Lage sei die Anforderungen des Amtes zu erfüllen oder die persönlichen Voraussetzungen nicht erfüllt, die das Amt erfordere, läge ein Vermögensschaden vor.³² Nicht ausreichend sei aber eine bloß schlechtere Qualifikation.

VII. Ausblick

Nicht um im Bereich der Ämterpatronage, sondern auch in andern Bereichen der „unerlaubten Einflussnahme“ weist das deutsche Strafrecht Lücken auf. So kennt das deutsche Strafrecht zum Beispiel keinen Straftatbestand des „unerlaubten Einflusshandels“.³³ Hierunter versteht man, das ein einflussreicher „Mittelsmann“ gegen Entgelt Einfluss auf die Entscheidungen eines Amtsträgers nimmt, ohne diesen durch das Versprechen oder Gewähren eines „Vorteils“ im Rechtssinne zu bestechen.

Als Beispiel soll der zuvor geschilderte Fall des Professors aufgegriffen und leicht abgewandelt werden: Ein Bekannter eines einflussreichen Unternehmers zahlt diesem einen gewissen Geldbeitrag dafür, dass sich der Unternehmer dafür einsetzt, dass der Sohn des Bekannten an der Universität eine Mitarbeiterstelle oder eine Promotionsmöglichkeit bekommt. Der Unternehmer wendet sich an den Professor, den er aus sei-

³¹ BGHSt 5, 358; BGHSt 17, 254; BGHSt 45, 1; BGH NJW 1978, 2042; vgl. auch *Budde*, Der Anstellungsbetrug, 2005; *Protzen*, Der Vermögensschaden beim sog. Anstellungsbetrug, 2000; zur Übertragung der Kriterien des Anstellungsbetruges auf die Ämterpatronage auch *Nomos* Kommentar zum Strafgesetzbuch (NK)-*Kindhäuser*, 4. Aufl. 2013, § 266 Rn. 120.

³² BGH NSTZ-RR 2006, 307; *Fischer* (Fn. 19), § 266 Rn. 123; v. *Heintschel-Heinegg-Wittig*, Strafgesetzbuch Kommentar, 2. Aufl. 2015, § 266 Rn. 45.1; *Wittig* (Fn. 30), § 20 Rn. 155.

³³ Vgl. zu dieser Thematik ausführlich *Abanto Vásquez*, Über die Strafwürdigkeit des „Handels mit Einfluss“, *Tiedemann-FS 2008*, S. 913; *Eckert*, Lobbyismus – zwischen legitimen Einfluss und Korruption, in: *von Alemann* (Hrsg.), Dimensionen politischer Korruption: Beiträge zum Stand der internationalen Forschung, 2005, S. 267; *Philipp*, Der Straftatbestand des Einflusshandels (Trafic d'influence) – Mögliche Implementierungswege in das deutsche Strafrecht unter Berücksichtigung internationaler Vorgaben sowie der französischen, belgischen, österreichischen und spanischen Korruptionsdelikte, 2016; *Zeiser*, Trafic d'influence: Der Straftatbestand des missbräuchlichen Handels mit Einfluss als Modell zur Schließung von Strafbarkeitslücken?, 2012; vgl. ferner die rechtsvergleichende Darstellung von *Überhofen* (Fn. 9), S. 278 ff., 378 ff., 392.

nem Tennisclub gut kennt und empfiehlt diesem den Sohn seines Freundes, wobei er lediglich zu verstehen gibt, dass er einen entsprechenden Einsatz des Professors aus Solidarität erwarte. Er gewährt dem Professor für seinen Einsatz keine materiellen oder immateriellen Vorteile und erzählt ihm auch nichts davon, dass er selbst für die „Vermittlung“ eine beträchtliche Summe Geld seitens des Bekannten bekommt. Tatsächlich setzt sich der Professor infolge der Einflussnahme für den Betreffenden ein und vermittelt ihm eine Stelle an der Universität sowie eine Promotionsmöglichkeit. Motiv dafür ist allein die persönliche Verbundenheit mit dem Unternehmer, die daraus resultiert, dass sie beide Mitglieder desselben Tennisclubs sind. Eine Strafbarkeit nach §§ 331 ff. dStGB scheidet hier für alle Beteiligten aus: Zwar begeht der Professor möglicherweise eine Dienstpflichtverletzung, wenn er dem Betreffenden aus sachfremden Motiven eine Arbeitsstelle oder eine Promotionsmöglichkeit an der Universität verschafft oder ihm jedenfalls eine solche bei einem anderen Kollegen vermittelt. Da er dafür aber kein Geld oder sonst relevante Vorteile erlangt, sind die §§ 331 ff. dStGB nicht anwendbar. Denn der Professor handelt ausschließlich aus persönlicher Verbundenheit oder um sich das allgemeine Wohlwollen seines Bekannten aus dem Tennisclub zu sichern. Auch der Bekannte aus dem Tennisclub, der Unternehmer, macht sich nicht nach §§ 331 ff. dStGB strafbar, denn er gewährt spiegelbildlich dem Professor keine Vorteile. Er selbst erhält zwar für seine „Vermittlung“ Geld, er ist aber kein Amtsträger und daher auch kein tauglicher Täter einer Vorteilsannahme (§ 331 dStGB) oder einer Bestechlichkeit (§ 332 dStGB), da es sich bei diesen Delikten um Sonderdelikte handelt. Schließlich macht sich auch der Bekannte, der die Stelle oder Promotionsmöglichkeit bekommt, nicht strafbar, da auch er keinem Amtsträger Vorteile gewährt, sondern lediglich dem privaten Unternehmer, der aber seinerseits kein tauglicher Täter eines Amtsdeliktes ist.

Das dargestellte Verhalten ist also für alle Seiten straflos, obwohl das Rechtsgut der Bestechungsdelikte sicherlich betroffen ist,³⁴ denn auch in derlei Konstellationen wird letztlich das Interesse der einzelnen Staatsbürger an einem ordnungsgemäßen Funktionieren der staatlichen Verwaltung und der Rechtsprechung beeinträchtigt.

Interessant ist, dass diese Form der „unerlaubten Einflussnahme“

³⁴ Zum Rechtsgut der Amtsdelikte, insbesondere der Bestechungsdelikte vgl. nur *Heinrich*, Der Amtsträgerbegriff im Strafrecht, 2001, S. 209 ff. (Amtsdelikte allgemein), S. 239 ff. (Bestechungsdelikte im Besonderen).

(oder auch „trading in influence“ bzw. „trafic d`influence“) in anderen Ländern teilweise ausdrücklich von einem eigenen Straftatbestand erfasst wird, so z.B. in Frankreich, Spanien und Österreich.³⁵ Auch verpflichtet Art. 12 des „Strafrechtsübereinkommens über Korruption“ des Europarates³⁶ seinem Wortlaut nach zur Schaffung eines entsprechenden Tatbestandes. Eine entsprechende Klausel enthält auch Art. 18 der UN-Konvention gegen Korruption.³⁷ Der deutsche Gesetzgeber geht derzeit allerdings davon aus, dass ein solches Verhalten in Deutschland kaum stattfindet und ferner auch nicht strafwürdig ist. In den meisten Fällen sei, so die Argumentation, ein solches Verhalten zudem von anderen Straftatbeständen erfasst. Es handelt sich dabei um eine Argumentation, die allerdings, wie das genannte Beispiel zeigt, nicht vollständig zutreffend ist.

Ein Blick über die Ländergrenzen hinaus ist interessant, offenbart doch die Begründung für die Strafwürdigkeit des „unerlaubten Einfluss-handels“ in anderen Rechtsordnungen auch Erkenntnisse darüber, was unter den Begriff der Elitenkorruption zu fassen ist – beziehungsweise was sich mithilfe von weitergehenden Tatbeständen alles strafrechtlich erfassen ließe. Ein anschauliches Beispiel hierfür liefert das französische Strafrecht, das den „trafic d`influence“ über die Artikel 432, 433 seines Code Pénal ahndet. Bei näherer Betrachtung lassen sich für die Existenz solcher Straftatbestände gerade in Frankreich auch durchaus gute Gründe finden. Denn in Frankreich ist das Phänomen der Elitenkorruption in weit

³⁵ Art. 432, 433 Code Pénal (Frankreich); § 308 österreichisches Strafgesetzbuch (verbotene Intervention); vgl. dazu *Überhofen* (Fn. 9), S. 278 ff. (zur Rechtslage in Österreich), S. 378 ff. (Frankreich).

³⁶ European Treaty Series (ETS) Nummer 173 (vgl. auch das Zusatzprotokoll ETS Nummer 191 mit Regelungen über die Strafbarkeit der Bestechung von in- und ausländischen Schiedsrichtern sowie Geschworenen und Schöffen); vgl. hierzu BT-Drucks. 13/11309, S. 5 (Bericht der Bundesregierung über die Tätigkeit des Europarates für die Zeit vom 1. Juli bis 31. Dezember 1997); *Korte, wistra* 1999, 81 (83); *Möhrenschlager*, JZ 1996, 822 (831); kritisch zu den Bestrebungen des Europarates *König*, JR 1997, 397 (404).

³⁷ United Nations Convention against Corruption (UNCAC), Doc. A/58/422; eine Übersetzung ins Deutsche findet sich in BGBl. 2014 II, S. 762 (763 ff.); Deutschland hat das Übereinkommen am 9. Dezember 2003 gezeichnet, aber ebenfalls lange Zeit nicht ratifiziert; eine Ratifizierung erfolgte erst am 12. November 2014; das Übereinkommen ist in Deutschland am 12. Dezember 2014 in Kraft getreten; vgl. BGBl. 2014 II, S. 762; BGBl. 2015 II, S. 140; zu diesem Übereinkommen auch *Hofmann/Pfaff*, Die Konvention der Vereinten Nationen zur Bekämpfung der Korruption, 2006.

stärkerem Maße festzustellen als in Deutschland. Dies rührt daher, dass sich – jedenfalls faktisch – die „Elite“ in Frankreich eindeutiger bestimmen lässt und sich trennschärfer abbildet als in Deutschland.³⁸ Wer in Frankreich „etwas werden“ will, wer zur politischen oder gesellschaftlichen Elite zählen möchte, der sollte im Rahmen seiner Ausbildung eine der wenigen französischen Elitehochschulen, die so genannten „Grandes Écoles“ durchlaufen haben bzw. den „Grands Corps“ angehören.³⁹ Eindrückliches Beispiel ist die „École Nationale d'Administration“ (ENA), der nahezu die gesamte französische Führungselite entstammt. In den entscheidenden Positionen in Wirtschaft und Politik sitzen insoweit in Frankreich nahezu ausschließlich Personen, die dieselbe „Schule“ besucht haben. Dadurch haben sie aber nicht nur eine vergleichbare Ausbildung genossen, sondern auch einen gemeinsamen „Corpsgeist“ entwickelt. Es handelt sich bei diesem „Corpsgeist“ um ein Zusammengehörigkeitsgefühl besonderer Art. Viele der heutigen Entscheidungsträger Frankreichs haben aber nicht nur schlicht diese Hochschule besucht, sondern darüber hinaus auch dieselbe Schulbank gedrückt. Sie sind Studienkollegen, die sich auch persönlich gut kennen. Es gilt oft der Grundsatz: „Eine Hand wäscht die andere“. Man hilft sich gegenseitig bei Problemen und vermittelt sich gegenseitig den einen oder anderen Vorteil. Man nennt sich selbst untereinander „Camarade“ und trifft sich auch später noch regelmäßig in den elitären Alumni-Vereinigungen,⁴⁰ in denen die gemeinsamen Traditionen gepflegt – und nebenbei sicherlich auch die eine oder andere Arbeitsstelle für Familienmitglieder oder gute Freunde vermittelt – werden.

Gleiches gilt für Großbritannien. Ein Abschluss der Universitäten Oxford und Cambridge öffnet die Türe zur „Elite“. Auch hier kennen sich die meisten späteren Entscheidungsträger von früher, sind Studienkollegen oder Mitglieder derselben Alumni-Vereinigung. Doch in Großbritannien beginnt die Elitenbildung schon früher. Und zwar in den elitären Internaten, die nur wenigen Privilegierten offen stehen und in denen der genannte „Corpsgeist“ ebenso zu verzeichnen ist wie die spätere gegensei-

³⁸ Vgl. zur Elite in Frankreich aus historischer Perspektive Huppert, *Les Bourgeois Gentilshommes. An Essay on the Definition of Elites in Renaissance France*, 1977; ferner im Rechtsvergleich Lang, *Die Verwaltungselite in Deutschland und Frankreich 1871-2000, Regimewechsel und Pfadabhängigkeiten*, 2005.

³⁹ Vgl. zur geschichtlichen Entwicklung Huppert (Fn. 38), S. 59 ff.; zu den „Grands Corps“ auch Lang (Fn. 38), S. 57, 59.

⁴⁰ Hartmann (Fn. 1), S. 116.

tige Zusammengehörigkeit über die jeweiligen Alumni-Vereinigungen.⁴¹ An dieser Stelle sollen nur die Namen der beiden elitären Internate Eton und Harrow genannt werden.⁴² Hinzu tritt aber ein weiteres: In England mehr noch als in Frankreich ist erwiesen,⁴³ dass die Aufnahme in privilegierten Bildungseinrichtungen wie den angeführten Schulen und Hochschulen nur wenigen Personen offen steht, schon allein wegen der immens hohen Schul- und Studiengebühren. Bereits hier findet also keine „Leistungsauslese“, sondern eine „soziale Auslese“ statt,⁴⁴ die schon allein daraus resultiert, dass bürgerliche Familien, die meist selbst der „Elite“ angehören, ökonomisch und kulturell wesentlich besser dazu in der Lage sein werden, ihre Kinder auf die Aufnahme in eine solche Eliteschule bzw. Eliteuniversität vorzubereiten. Und eben diese Personen, welche aus diesen Gründen eine privilegierte Ausbildung genossen haben und später über die Ehemaligen-Netzwerke (so die „Etonians“ des Eton-Internats sowie die „Old Boys Netzwerke“, in welchen sich die Absolventen der Universitäten sammeln) miteinander verknüpft bleiben, besetzen später regelmäßig auch die Schlüsselpositionen in Politik, Verwaltung und Wirtschaft.

Etwas provokant soll diesbezüglich am Ende dieses Beitrages angemerkt werden: Wenn schon der Zugang zu den privilegierten Bildungseinrichtungen nicht von einer Leistungs-, sondern von einer sozialen Auslese geprägt ist, und dieses Verfahren von der Gesellschaft als völlig unproblematisch angesehen wird, was liegt dann näher, als dieses Prinzip auch später anzuwenden, wenn es um die Besetzung von Schlüsselstellungen in Politik, Wirtschaft und Verwaltung geht. Vieles schlummert hier im Dunkeln, auch das Strafrecht hat hierzu derzeit noch keinen Zugang.

⁴¹ Hartmann (Fn. 1), S. 117.

⁴² Vgl. zur Elitenbildung durch Schulausbildung allgemein Tröger, Elitenbildung – Überlegungen zur Schulreform in einer demokratischen Gesellschaft, 1968.

⁴³ Vgl. die Studie von Edwards/Fitz/Whitty, The State and Private Education: An Evaluation of the Assisted Place Scheme, 1989; ferner Hartmann (Fn. 1), S. 117 ff.

⁴⁴ Vgl. im Hinblick auf Frankreich Hartmann (Fn. 1), S. 111; ferner ders., Eliten und Macht in Europa – Ein internationaler Vergleich, 2007, S. 69.

Die Corona-Pandemie an deutschen Hochschulen aus strafrechtlicher Sicht

I. Einleitung

Die seit März 2020 mehr oder weniger intensiv bestehende Sonder-situation infolge der Verbreitung des SARS-Cov-2-Virus (Corona-Pandemie) hat weite Teile unserer Gesellschaft vor große Herausforderungen¹ gestellt und erhebliche Veränderungen mit sich gebracht, die unter Anderem rechtswissenschaftlich² und auch gerichtlich³ intensiv begleitet wird. Davon betroffen sind auch die deutschen Hochschulen. Leere Hörsäle wegen der Umstellung auf Online-Lehrveranstaltungen, geschlossene oder nur bedingt zugängliche Bibliotheken oder Neuimmatriulierte, die sich noch nie persönlich kennenlernen konnten, wurden zum neuen gewohnten Bild im Hochschulleben. Insbesondere der erforderliche Prozess der Digitalisierung stellte hierbei eine große Aufgabe für die Hochschulen dar – ist Deutschland doch im internationalen Vergleich eher ein low performing country im Sinne des Digital Government Index der OECD.⁴

Auf den ersten Blick ergibt sich aus diesen Gegebenheiten rechtlicher Anpassungsbedarf im Hochschulrecht, insbesondere mit Bezug zu Studium und Prüfung. Folgerichtig haben die meisten deutschen Bundesländer eigene Regelungen erlassen, die sich unter dem Oberbegriff „Corona-Sonderhochschulrecht“ zusammenfassen lassen, etwa mit Blick

* Dr. iur. Carsten Morgenroth ist Justiziar und Vertreter des Kanzlers an der Ernst-Abbe-Hochschule Jena. Diese Abhandlung gibt die persönliche Auffassung des Autors wieder. Alle Internetquellen wurden am 31. März 2021 zuletzt abgerufen. Status- und Funktionsbestimmungen in dieser Abhandlung gelten für Personen jeglichen Geschlechts.

¹ Der deutsche Bundestag hat folgerichtig im März 2020 eine epidemische Lage von nationaler Tragweite nach § 5 IfSG festgestellt, s. BT-Drs. 19/18156.

² Exemplarisch *Rixen*, NJW 2020, 1097 ff.; *Heinig/Kingreen/Lepsius/Möllers/Volkmann/Wißmann*, JZ 2020, 861 ff.

³ BVerfG NVwZ 2020, 708 f.; kritisch AG Ludwigsburg, Urteil vom 29.01.2021, Az. 7 OWi 170 Js 112950/20.

⁴ Vgl. den Index von 2019, abrufbar unter: <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/4de9f5bb-en.pdf?expires=1617122937&id=id&accname=guest&checksum=5F9AD15231DF4A96CFCE4E42BA58B2C4>

auf die Ermöglichung von Online-Lehre und Online-Prüfungen oder die Flexibilisierung der Studienzeiten im Verhältnis zur Regelstudienzeit.⁵ Daneben hat vor allem das Datenschutzrecht eine sehr schnelle Entwicklung erfahren müssen,⁶ weil Online-Lehr- bzw. Prüfungsformate bislang nicht oder eher rudimentär verankert waren. Auch die Regelungen zum BaFöG⁷ oder sozialversicherungsrechtliche Sonderfragen⁸ wurden auf die Probe gestellt.

Etwas im Schatten dieser rechtlichen Debatten haben sich jedoch auch neue strafrechtliche Fragestellungen entwickelt bzw. bekannte Fragen intensiviert. Diese sollen hier näher besprochen werden. Zunächst wird die strafrechtliche Komponente im Rahmen der Online-Lehre betrachtet (II.). Danach werden Aspekte für Online-Prüfungen analysiert (III.). Eine Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse (IV.) rundet die Darstellung ab.

II. Strafrecht in der Online-Lehre

Die Vermittlung der Hochschullehre über IT-basierte Strukturen verstärkt und intensiviert die Möglichkeiten für Studierende, Inhalte der lehrenden Person strafrechtsrelevant zu verarbeiten. Dies betrifft zunächst die Lehrinhalte selbst (1.), aber auch das gesprochene Wort (2.) oder das Bildnis (3.) der lehrenden Person.

1.

Bereits zu Zeiten der Präsenzlehre war es verbreitet, dass die leh-

⁵ Thüringer Corona-Pandemie-Gesetz vom 11.06.2020, s. GVBl. 2020, S. 277 ff.; Corona-Epidemie-Hochschulverordnung vom 15.04.2020 (GV. NRW, S. 298).

⁶ Vorreiterregelung war hier die Bayrische Fernprüfungserprobungsverordnung vom 16.09.2020, GVBl. 2020, S. 570 ff.; vertiefte Überlegungen zum Landesrecht NRW bei Hoeren/ Fischer/ Albrecht, Gutachten zur datenschutzrechtlichen Zulässigkeit von Überwachungsmaßnahmen bei online-Klausuren, Juni 2020, Rn. 47; https://www.itm.nrw/wp-content/uploads/RiDHnrw_11.06.20_Gutachten-zur-datenschutzrechtlichen-Zul%C3%A4ssigkeit-von-%C3%9Cberwachungsfunktionen-bei-Online-Klausuren.pdf.

⁷ OVG Münster, Beschluss vom 14.09.2020, Az. 12 B 841/20.

⁸ So sieht beispielsweise Art. 14 § 7 ThürCorPanG als eine von vielen Maßnahmen des Corona-Nachteilsausgleichs die Absolvierung von Prüfungen ohne Immatrikulation voraus, während sich die gesetzliche Krankenversicherungspflicht für Studierende nach § 5 Abs. 1 Nr. 9 SGB V über die Immatrikulation an der Hochschule vermittelt.

rende Person den Studierenden der Lehrveranstaltungen Lehrmaterialien IT-basiert zur Verfügung gestellt hat. Diese Lehrmaterialien unterfallen durch deren Inhalte, Gestaltung oder Anordnung dem Schutz des Urheberrechts der lehrenden Person.⁹ Unter den Voraussetzungen von § 52a UrhG a.F. war die Zurverfügungstellung zulässig. Nach dem Inkrafttreten des UrhWissG zum 1. März 2018 vermittelt sich die Rechtmäßigkeit der Bereitstellung von Lehrmaterialien nunmehr nach § 60a UrhG. Danach dürfen Lehrmaterialien zur Veranschaulichung der Lehre vervielfältigt, verbreitet oder öffentlich wiedergegeben werden. Dies betrifft jedoch nur die Ebene, dass die Hochschule die Lehrmaterialien an die Studierenden weitergeben darf. Eine automatische Berechtigung der Studierenden, diese Materialien für eigene Zwecke darüber hinaus zu verwerten, ist damit nicht verbunden. Diese Fragestellungen haben durch die Umstellung der Hochschullehre auf Online-Lehrveranstaltungen erheblich an Brisanz gewonnen, da nun nicht ein mehr oder weniger geringer Teil, sondern nahezu alle Lehrmaterialien auf diese Weise bereitgestellt werden.

a.

§ 106 Abs. 1 UrhG stellt die Vervielfältigung, die Verbreitung und die öffentliche Wiedergabe urheberrechtlicher Werke unter Strafe. Hierzu sind zwei Ebenen zu unterscheiden. Bereits das Herunterladen der Lehrmaterialien stellt eine Vervielfältigung im Sinne der Herstellung eines Duplikats des Werks dar, § 16 UrhG. Teile eines Werks herunterzuladen, erfüllt nur dann den Tatbestand von § 106 Abs. 1 UrhG, wenn diese Teile ihrerseits die Qualität eines Werks erreichen.¹⁰ Die Möglichkeiten neuer Technologien betrachtend, ist ein Live-Streaming ebenso eine Vervielfältigung¹¹ wie ein Scan mittels eines 3D-Scanners und anschließender

⁹ Zum großen Teil werden Lehrmaterialien Sprachelemente enthalten; diese sind dann als Schriftwerke von § 2 Abs. 1 Nr. 1 UrhG geschützt, weil sie der Informationsvermittlung, also der Mitteilung eines verbalen, gedanklichen oder gefühlsmäßigen Inhalts dienen, s. BGH GRUR 1959, 251. Auch mathematische Zeichen und Zahlen, die vor allem im Bereich der Natur- bzw. Ingenieurwissenschaft verwendet werden dürften, sind Sprachwerke im Sinne von § 2 Abs. 1 Nr. 1 UrhG, da auch sie in diesem Kontext der Informationsvermittlung dienen, s. RGZ 121, 357 f. Andere Darstellungsformen, etwa Tabellen, Zeichnungen oder Pläne, werden als Darstellungen wissenschaftlicher Art von § 2 Abs. 1 Nr. 7 UrhG erfasst; hier spielt die Informationsvermittlung nicht über Sprache, sondern über andere kommunikative Elemente eine Rolle, s. KG GRUR-RR 2003, 91 f.

¹⁰ *Sternberg-Lieben*, in: BeckOK Urheberrecht, 30. Edition, 15.01.2021, § 106 Rn. 28.

¹¹ *Nägele/Jakobs ZUM* 2010 289 ff.; *Schulze NJW* 2014, 722 ff.

Erstellung einer entsprechenden Datei.¹² Geschieht diese erste Vervielfältigung auf einen internen oder externen Speicher, so ist es denkbar, dass die Studierenden eine weitere Vervielfältigung des Werks auf einen Bild- und Tonträger im Sinne von § 16 Abs. 2 UrhG vornehmen, um eine Einbeziehung weiterer Personen zu ermöglichen bzw. vorzubereiten. Diese weitere Vervielfältigung ist dennoch Ebene 1 zuzuordnen. Ebene 2 beginnt dann mit der Zugänglichmachung des Werks an einen Personenkreis der Öffentlichkeit nach § 15 Abs. 3 UrhG. Das betrifft nach dem Wortlaut von § 15 Abs. 3 UrhG alle Personen, die keine persönlichen Beziehungen zum Studierenden als dem Verwender des Werks oder zu den anderen dessen Verwendung wahrnehmenden Personen haben. Eine hochschulische Tutoriengruppe oder eine freiwillige Studier-Arbeitsgemeinschaft zum Zwecke der Examensvorbereitung wird deshalb tendenziell eher zum Bereich der Öffentlichkeit im Sinne von § 15 Abs. 3 UrhG gehören. Dies gilt umso mehr, je mehr Personen zu dieser Gruppe gehören.¹³ Bei einer Wohngemeinschaft wird zu differenzieren sein, ob es sich um zufällig zusammengebracht oder freiwillig zusammen wohnende Studierende oder sogar um eine Partnerschaft handelt. Entscheidend ist hierbei der enge persönliche Kontakt, der bei den Beteiligten das Bewusstsein hervorruft, persönlich miteinander verbunden zu sein.¹⁴ Jedenfalls wird ein Einstellen des Werks in Informationselemente, die einem unbestimmten Personenkreis zugänglich sind, die Merkmale einer erneuten Vervielfältigung, der Verbreitung oder öffentlichen Wiedergabe im Sinne von § 106 UrhG erfüllen.

b.

§ 106 Abs. 1 UrhG enthält daneben die Besonderheit, dass die beschriebenen Tathandlungen „anders als in den gesetzlich zugelassenen Fällen ohne Einwilligung“ vorgenommen werden müssen. Dies wirft zunächst die dogmatische Frage auf, wie dieser Zusatz systematisch einzuordnen ist. Insbesondere stellt sich die Frage, ob es sich bei der Teilpassage „anders als in den gesetzlich zugelassenen Fällen“ um negative Tatbestandsmerk-

¹² Mengden MMR 2014, 83.

¹³ OLG München ZUM 1986, 482 f.

¹⁴ BGH GRUR 1975, 31 f. für die parallele Situation von Bewohnern in einem Alterswohnheim.

male¹⁵ oder um Rechtfertigungsgründe¹⁶ handelt. Ein Blick darauf, was von den „gesetzlich zugelassenen Fällen“ umfasst ist, erleichtert dabei die Einschätzung. Erfasst sein sollen die praktisch wesentlichen urheberrechtlichen Schranken der §§ 44-60 UrhG, der §§ 69c-69e UrhG für Software und des § 87c UrhG für Datenbanken.¹⁷ Auch die neuen § 60a-60h UrhG sollten dazu zählen, da sie die unübersichtliche Landschaft einzelner Schranken in §§ 46-53a UrhG a.F. neu gegliedert haben.¹⁸ Negative Tatbestandsmerkmale könnten vor dem Hintergrund anzunehmen sein, dass es sich bei § 106 UrhG um eine weitgehende Blankettnorm handelt, die ihrerseits näher zu konkretisieren ist.¹⁹ Allerdings stellen die genannten Normen mehr dar als bloße faktische Detaillierungen eines offen gehaltenen Tatbestands – sie sind stattdessen das Ergebnis aus der Abwägung der Sozialbindung geistigen Eigentums des Urhebers einerseits mit den Allgemeininteressen auf ungehinderten Zugriff auf fremdes Geistesgut andererseits.²⁰ Es fließen damit in wesentlichem Maße zusätzliche normative Elemente ein. Diese sind einer Zuordnung zum Tatbestand als negative Tatbestandsmerkmale aber nicht hinderlich. Den sieht man den Tatbestand als Unrechtstypus an,²¹ so ist eine geeignete methodische Herangehensweise zur Analyse die Typenbildung.²² Der Prozess der Typenbildung von ist jedoch von faktischen und normativen Umständen zugleich geprägt.²³ Insgesamt sprechen jedoch die besseren Gründe dafür, den Bezug auf die zugelassenen Fälle in § 106 Abs. 1 UrhG der Ebene der Rechtfertigung zuzuordnen. Zunächst ist der in den relevanten Vorschriften des UrhG zum Ausdruck kommende Bezug auf die Sozialbindung des Eigentums auch auf verfassungsrechtlicher Ebene keine Frage des – mit dem Tatbestand vergleichbaren - Schutzbereichs von Art. 14 Abs. 1 GG, sondern der verfassungsrechtlichen Recht-

¹⁵ *Albach*, Zur Verhältnismäßigkeit der Strafbarkeit privater Urheberrechtsverletzungen im Internet, 2015, 67.

¹⁶ *Brackmann/Oehme* NZWiSt 2013, 170, 172.

¹⁷ *Frey* ZUM 2014, 554, 555 f.

¹⁸ *Schack* ZUM 2016, 266.

¹⁹ *Weber*, Der strafrechtliche Schutz des Urheberrechts, 1976, 228 ff.

²⁰ *Hohlweck* GRUR 2014, 940, 943.

²¹ *Ebert*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Auflage, 2001, 33.

²² *Leenen*, Typus und Rechtsfindung, 1971, 34 ff.

²³ *Morgenroth*, OdW 2021, 117, 122 ff.

fertigung als sog. Inhalts- und Schrankenbestimmung.²⁴ Entsprechend liegt der Schwerpunkt der Prägung für die fraglichen Regelungen des UrhG stärker in der normativen Abwägung widerstreitender Interessen als in tatbestandsbildenden Konkretisierungen, wie man sie etwa in der Form der Bildung von Fallgruppen eines bestimmten Rechtsgedankens kennt.²⁵ Da die Verwirklichung des Tatbestandes die Rechtswidrigkeit indiziert,²⁶ fällt es schwer, diese umfassende normative Abwägung eher dem Tatbestand als der Rechtswidrigkeit zuzuordnen, für eine eben solche Wertungen charakteristisch sind. Zudem ist die Findung von Unrecht in erster Linie eine Wertung widerstreitender Interessen und Werte innerhalb des Rahmens eines Straftatbestands.²⁷ Und auch der Katalog möglicher strafrechtlicher Rechtfertigungsgründe ist nicht auf das StGB beschränkt.²⁸ Es liegt deshalb näher, den Passus „anders als in den gesetzlich zugelassenen Fällen“ als Rechtfertigungsgrund zu werten. Dafür spricht schließlich auch die Formulierung in § 106 Abs. 1 UrhG. Denn wäre eine Zuordnung dieser Passage zum Tatbestand gewollt gewesen, so hätte man der Gesetzgeber Füllwörter wie „oder“ bzw. „sowie“ zwischen diese Passage und den folgenden Rechtfertigungsgrund der Einwilligung gesetzt, um die disjunktive Struktur in Tatbestandsmerkmale und Rechtfertigungsgründe auch verbal nachzuvollziehen. Dies ist aber unterblieben. Im Ergebnis ist die Passage „anders als in den gesetzlich zugelassenen Fällen“ in § 106 Abs. 1 UrhG deshalb als spezieller Rechtfertigungsgrund zu sehen.

Wendet man die Passage nun auf die eingangs geschilderten Fälle an, so fällt auf, dass der erste Download auf einen internen oder externen Speicher zu Zwecken der eigenen Nachverfolgung der Lehrveranstaltung durch den Studierenden eine zulässige Vervielfältigung zu eigenen Zwecken im Sinne von § 53 Abs. 1 UrhG darstellt und bereits als solche erlaubt und damit für § 106 Abs. 1 UrhG gerechtfertigt ist. Etwas Anderes würde allerdings dann gelten, wenn es sich bei den Lehrmaterialien um einen öffentlichen Vortrag der lehrenden Person handeln würde, wie dies etwa

²⁴ BVerwGE 71, 91 ff.

²⁵ Morgenroth, Interesse als Einflussfaktor auf die Sportvermarktung, 2010, 118, 122 f. m.w.N.

²⁶ Ebert, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Auflage, 2001, 64.

²⁷ Momsen/Savic, in: BeckOK StGB, 49. Edition, 01.02.2021, § 32 Rn. 6.

²⁸ Bereits BVerwG DÖV 1975, 275 ff. zum Festnahmerecht nach § 127 StPO.

in sog. massive open online courses (sog. MOOCs)¹ der Fall ist. Denn hier ist nach § 53 Abs. 7 UrhG bereits für deren Vervielfältigung stets die Einwilligung des Urhebers erforderlich, so dass sich eine gesetzliche Rechtfertigung für § 106 Abs. 1 UrhG nicht ergeben kann.

Hinsichtlich der weiteren Vervielfältigung auf einen Bild- bzw. Tonträger ist zu unterscheiden. Stellt dies eine bloße Sicherheitskopie dar, so ergibt sich eine Rechtfertigung der Vervielfältigung wiederum über § 53 Abs. 1 UrhG – „einzelne“ Vervielfältigungsstücke im Sinne der Norm sind dabei maximal sieben.² Soll der USB-Stick, die CD, die DVD oder ein anderer Bild- und Tonträger dagegen für Lernzwecke in einer Gruppe dienen, so stellen sich die oben bereits angesprochenen Fragen, ob die jeweils relevanten Personengruppen eine „Öffentlichkeit“ im Sinne von § 15 Abs. 3 UrhG bilden würde. Denn § 53 Abs. 6 UrhG verbietet sowohl eine Verbreitung als auch eine öffentliche Wiedergabe des vervielfältigten Stücks, was beides eine Öffentlichkeit voraussetzt.

Strukturell bemerkenswert ist, dass die Verwirklichungsform der öffentlichen Wiedergabe die Öffentlichkeit nicht erreichen muss,³ weil dies nicht ausschließlich vom Einfluss des Täters abhängt und dessen Strafbarkeit auch nicht beeinflussen darf. § 106 Abs. 1 UrhG wird insoweit von einem Erfolgsdelikt zu einem reinen Tätigkeitsdelikt.⁴ Versuch und Vollen-
dung fallen in dieser Konstellation zusammen.⁵

c.

Neben der gesetzlichen Rechtfertigung über die „zulässigen Fälle“ aus dem UrhG ist selbstverständlich auch die wirksame Einwilligung des Urhebers geeignet, tatbestandliche Handlungen des § 106 Abs. 1 UrhG zu rechtfertigen. Willigt eine lehrende Person deshalb in die Verwendung seiner Lehrmaterialien ein, so dürfen die Studierenden in diesem zeitlichen, räumlichen und inhaltlichen Umfang auch verwenden. Obwohl die Hochschulen in den vergangenen beiden Semestern der Corona-Pandemie mit unvergleichlicher Geschwindigkeit auf das Erfordernis der Etablierung funktionsfähiger und rechtlich abgesicherter Online-Strukturen

¹ *Botta*, Datenschutz bei E-Learning-Plattformen, Rechtliche Herausforderungen digitaler Hochschulbildung am Beispiel der Massive Open Online Courses (MOOCs), 2020.

² *BGH GRUR* 1978, 474 ff.

³ *Ungern-Sternberg GRUR* 2015, 208.

⁴ *EuGH GRUR* 2012, 817.

⁵ *Mtschedlischwili-Hädrich/Heinrich DGStZ* 2018, 1, 8.

reagiert und voneinander gelernt haben, kann jedoch noch nicht sichergestellt werden, dass alle lehrenden Personen ihre Studierenden in den Online-Lehrformaten diese Fragen ausdrücklich angesprochen und Einwilligungen erteilt haben. Deshalb ist die voluntative Rechtfertigung in Teilen vom Einzelfall abhängig. Jedoch kann die Einwilligung auch konkludent abgegeben werden.⁶ Die Verwendung von Bild- bzw. Tonträgern in Lerngruppen kann deshalb, weil sie einem von der lehrenden Person zu fördernde Zweck dient, tendenziell als von einer konkludenten Einwilligung erfasst angesehen werden.

Dagegen ist es eher nicht im Interesse der lehrenden Person, wenn Studierende deren Lehrmaterialien auf frei oder mindestens einer größeren Öffentlichkeit zugängliche Plattformen stellen.⁷ Eine konkludente Einwilligung der Lehrenden wird für diese Fälle in aller Regel nicht vorliegen. Dies ist anders, wenn bzw. soweit die lehrende Person auf ihr Urheberrecht verzichtet hat, indem sie die Lehrmaterialien unter Elemente der Open Access Bewegung gegeben hat. Open Access bedeutet den unbeschränkten und kostenfreien Zugang zu wissenschaftlichen Informationen.⁸ Diese Bewegung hat diverse Elemente hervorgebracht, Urheberrechte an eigentlich dem Urheberschutz unterfallenden Werken im Sinne offener Verwendbarkeit durch die Gesellschaft zu minimieren.⁹ Public Domain Erklärungen stellen die Nutzer dabei vollständig von urheberrechtlichen Verpflichtungen frei.¹⁰ Von Bekanntheit und praktischer Relevanz sind daneben auch die sog. Creative Commons Lizenzen.¹¹ Eine Sonderform der Creative Commons Lizenz ist die Creative Commons Zero (CC0)-Lizenz, die ebenfalls von allen urheberrechtlichen Begrenzungen der Nutzung befreit und deshalb ebenfalls zum Bereich der Public Domains zählt.¹² Unterstellt die lehrende Person Lehrinhalte deshalb unter diese erleichterten Nutzungslizenzen, dann ist insoweit von einer mindestens konkludenten

⁶ BGH NJW 2012, 1886 f.

⁷ Ein entsprechender Vorfall an der Hochschule des Autors Ende 2020 führte folgerichtig und zu Recht zu vehementer Kritik der betroffenen Lehrenden und intensiven Bemühungen der Hochschule um Beendigung des Rechtsverstoßes.

⁸ Eisentraut OdW 2020, 177, 179 f.

⁹ Ausführlich Kreutzer/Lahmann, Rechtsfragen bei Open Science, 2019, 47 ff.

¹⁰ Kreutzer/Lahmann, Rechtsfragen bei Open Science, 2019, 47, 55 f.

¹¹ Krujatz, Open Access, 2012, 125 ff.

¹² Morgenroth/Wieczorek OdW 2021 7, 15.

Einwilligung in die Nutzung auszugehen.

Interessant im Hochschulbereich ist auch die zur Einwilligung berechnigte Person. Aus den Wertungen des Grundrechts auf Wissenschaftsfreiheit nach Art. 5 Abs. 3 GG ergibt sich, dass Arbeitsergebnisse aus weisungsfreier wissenschaftlicher Tätigkeit bei der bearbeitenden Person verbleiben und nicht nach § 43 UrhG auf die Hochschule als Dienstherrn bzw. Arbeitgeber übergehen.¹³ Das sind in jedem Falle die Arbeiten der Professoren, aber auch diejenigen des sonstigen wissenschaftlichen Personals, solange die Werke nach dem Beschäftigungsverhältnis in weisungsfreier Tätigkeit entstehen. Erstellt bzw. bearbeitet die lehrende Person ihre Lehrmaterialien also selbst, so kann die zur Einwilligung berechnigte Person nur sie selbst, nicht die Hochschule sein. Vor allem an Universitäten ist dagegen auch eine Bearbeitung der Lehrunterlagen, etwa durch Aktualisierung relevanter Quellen, durch den Professoren zugewiesenes sonstiges wissenschaftliches Personal verbreitet. Soweit dieses Personal für die Bearbeitung nicht den weisungsfreien Teil verwendet,¹⁴ gehen diese Ergebnisse damit auf die Hochschule über. Liegt eine derartige Personenmehrung von Berechnigten vor, so ergeben sich interessante Folgefragen.¹⁵ Für die weitere Verwendung der Unterlagen durch den Professor, etwa für private Vorträge, ist zunächst eine genaue Bestimmung erforderlich bzw. ratsam, welche Inhalte welcher Person zugeordnet sind, um urheberrechtliche Verletzungsansprüche zur einen wie zur anderen Seite auszuschließen. Werden derartige Ansprüche dennoch von dritter Seite geltend gemacht, so ist die Hochschule auch bei alleiniger Rechtsinhaberschaft des Professors zur Verteidigung berechnigt und ggf. sogar verpflichtet, weil die Inhalte im Rahmen der dienstlichen Tätigkeit für die Hochschule erstellt wurden. In diesem Fall könnte sich dann eine Rechteübertragung des Urheberrechts durch den Professor auf die Hochschule zu Zwecken gerichtlicher Verteidigung anbieten. Wollen sowohl Professor als auch Hochschule berechnigt bleiben, so bilden sie eine prozessuale Streitgenossenschaft nach § 59 ZPO.¹⁶

¹³ *Leuze*, Urheberrechte der Beschäftigten im öffentliche Dienst und in den Hochschulen, 1998, 113 ff.

¹⁴ Für Promovierende beträgt dieser Anteil oft ein Drittel der vertraglichen Arbeitszeit und ist primär für Zwecke der Anfertigung der Dissertation vorgesehen.

¹⁵ *Morgenroth*, Hochschulstudienrecht und Hochschulprüfungsrecht, 3. Auflage, 2021, Rn. 536 I.

¹⁶ *Morgenroth/Wieczorek* OdW 2021 7, 17.

d.

Der Tatbestand des § 106 Abs. 1 UrhG hat schließlich auch noch einige prozessuale Besonderheiten. Denn es ist zunächst ein Strafantrag nach § 109 StGB erforderlich. Zudem gehört das Delikt nach § 374 Abs. 1 Nr. 8 StPO zu den sog. Privatkledgedelikten. Die Strafverfolgung ist dem staatlichen Strafverfolgungsmonopol damit gleich in zweifacher Hinsicht grundsätzlich entzogen.

Damit die staatlichen Strafverfolgungsbehörden die Tat dem Bereich der Privatklage entziehe und so überhaupt erst einmal tätig werden können, ist zunächst erforderlich, dass das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung besteht, § 376 StPO. Die Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren (RiStBV) geben einige Anhaltspunkte für die nähere Bestimmung dieses öffentlichen Interesses. Allgemein wird das öffentliche Interesse nach Nr. 86 Abs. 2 RiStBV dann vorliegen, wenn die Tat über den Rechtskreis der verletzten Personen hinaus von Bedeutung ist – dann besteht ein öffentliches Interesse an Aufklärung und Sanktionierung und damit kein Grund mehr für eine Verlagerung in die private Rechtsverfolgung. Indizien für eine über den Rechtskreis hinausgehende Bedeutung sind etwa das Ausmaß der Tat, also insbesondere die Einstellung sehr umfangreicher Lehrmaterialien ins Internet, oder die Stellung des Verletzten in der Gesellschaft, denkbar vor allem bei Professoren, die herausgehobene Positionen in der Hochschule bekleiden, etwa als Präsident, Vizepräsident oder Dekan. Aber auch bei rein privatem Bezug ist ein öffentliches Interesse denkbar, wenn dem Verletzten wegen der besonderen persönlichen Beziehung eine Privatklage nicht zugemutet werden kann; dies scheint beispielsweise in Lehrverhältnissen im musikalischen oder künstlerischen Bereich denkbar, etwa im Verhältnis von Lehrern zu ihren Meisterschülern. Diese allgemeinen Aussagen werden in Nr. 261 RiStBV bestätigt und zudem noch auf das Maß der Bereicherungsabsicht des Täters abgestellt. Insbesondere, wenn dem Studierenden also höhere Summen für eine Einstellung in Aussicht gestellt werden, kann diese Variante wesentlich werden.

Steht generell fest, dass der Staat überhaupt eingreifen darf, so gilt es, das Verfahrenshindernis des Strafantrags in § 109 UrhG zu überwinden. Das Erfordernis des Strafantrags kann verschiedene Zwecke verfolgen.¹⁷ Interessen der Überlastung der Strafverfolgungsbehörden sind hierbei

¹⁷ Brähler, Wesen und Funktion des Strafantrags, 1994, 89 ff.

ebenfalls relevant.¹⁸ In diesem Sinne kann das besondere öffentliche Interesse bei den Antragsdelikten abgelehnt werden, wenn der Aufwand, das Interesse der Allgemeinheit an der Aufklärung der Tat zu erfüllen, nicht in einem angemessenen Verhältnis zum Nutzen steht. Speziell für Straftaten nach § 106 Abs. 1 UrhG indiziert Nr. 261a RiStBV ein besonderes öffentliches Interesse an der Strafverfolgung, wenn der Täter einschlägig vorbestraft ist, ein erheblicher Schaden droht, die Tat den Verletzten in seiner wirtschaftlichen Existenz bedroht oder sie öffentliche Sicherheit gefährdet ist. Weil Lehrmaterialien in aller Regel keine geheimhaltungsbedürftigen, sicherheitsgefährdenden Inhalte enthalten und Hochschullehrer finanziell hinreichend abgesichert sein dürften, bleiben noch die beiden ersten Alternativen relevant. Speziell nach einer ersten Verurteilung genügt also auch eine geringfügige erneute Verletzung von Urheberrechten für eine Ermittlung ohne Strafantrag.

In der Literatur ist umstritten, in welchem Verhältnis das öffentliche Interesse nach § 376 StPO zum besonderen öffentlichen Interesse an der Strafverfolgung im Sinne von § 109 UrhG steht. Teilweise wird vertreten, dass die Gesichtspunkte identisch sind, für § 109 UrhG aber eine höhere Intensität erforderlich ist.¹⁹ Andere sprechen von einem graduellen Unterschied,²⁰ lassen also gewisse Unterschiede in Intensität und Inhalt der Kriterien zu. Teilweise wird auch vertreten, dass das Vorliegen der Voraussetzungen für das öffentliche Interesse keinerlei Wirkungen für die Überwindung eines Strafantrags habe kann.²¹ Mit Blick auf die Ausgestaltungen der Interpretationshilfen in den RiStBV und die verschiedenen Zwecke der beiden rechtlichen Instrumente scheint die mittlere Auffassung vorzuzugig. Die RiStBV hatte durchaus Überschneidungen der relevanten Gesichtspunkte aufgewiesen.

2.

Gerade in der Übergangszeit bis zur Etablierung gefestigter Strukturen einer Online-Lehre haben viele Hochschulen auf Zwischenlösungen, Unterlagen aus der Präsenzlehre online-fähig zu gestalten, zurückgegriffen. Zu diesen Gestaltungen gehörte beispielsweise die Vertonung von

¹⁸ Schwarz/Sengbusch NSTZ 2006, 673.

¹⁹ Sternberg-Lieben, in: BeckOK Urheberrecht, 30. Edition, 15.01.2021, § 109 Rn. 12.

²⁰ Letzgas, Umfang und Grenzen strafrechtliche Schutzes von unveröffentlichten wissenschaftlichen Gutachten nach § 106 UrhG, in: Festschrift für Rebmann, 1989, 277 ff.

²¹ Löwe-Rosenberg, StPO-Kommentar, 26. Auflage, 2009, § 376 Rn. 3.

Power Point Präsentationen.²² Strafrechtlich relevant in diesen Konstellationen ist vor allem § 201 StGB.

a.

Bereits die Aufnahme einer Lehrveranstaltung auf einem dauerhaften Datenträger kann strafbar sein. Denn § 201 Abs.1 Nr.1 StGB verbietet die Aufnahme des nichtöffentlich gesprochenen Wortes. Die Äußerung ist nichtöffentlich, wenn sie nicht für einen größeren, nach Zahl und Individualität unbestimmten oder nicht durch persönliche oder sachliche Beziehungen miteinander verbundenen Personenkreis bestimmt oder unmittelbar verstehbar ist.²³ Soweit eine Online-Lehrveranstaltung daher nicht einer breiten Öffentlichkeit zugänglich ist, wie etwa bei sog. MOOCs,²⁴ sollte der Teilnehmerkreis einer Lehrveranstaltung hinreichend nichtöffentlich sein.²⁵ Die sachliche Verbindung einer Lehrveranstaltung besteht insoweit in der gemeinsamen Verfolgung von gleichen Erkenntnisinteressen.

Problematisch ist das Merkmal „unbefugt“, das nach überwiegender Auffassung²⁶ nicht Bestandteil des Tatbestands der Norm, sondern ein Hinweis auf die Rechtswidrigkeit des Handelns ist.²⁷ Die Unbefugtheit des Handelns kann deshalb durch eine rechtfertigende Einwilligung²⁸ oder andere Rechtfertigungsgründe ausgeschlossen werden. Hierbei stellen sich interessante Abgrenzungsfragen. Ist nur die lehrende Person zu hören, so kommt es ausschließlich auf ihren Willen an. Dies ist der Fall in einer von der lehrenden Person vorbereiteten Audio-Datei, die anlässlich der Lehrveranstaltung ohne weitere Interaktion abgespielt wird. Werden dagegen auch Redebeiträge anderer Studierender mit aufgefangen, so sind deren Einwilligungen ebenfalls erforderlich. Hier könnte die Unerfahrenheit der Lehrperson oder die mangelnde Organisation der Kommunikation durch

²² S. beispielsweise PDF-Anleitung_PPT-Praesentation-vertonen-1.pdf (uni-mainz.de).

²³ OLG Frankfurt/ M. NJW 1977, 1547.

²⁴ Botta, Datenschutz bei E-Learning-Plattformen, Rechtliche Herausforderungen digitaler Hochschulbildung am Beispiel der Massive Open Online Courses (MOOCs), 2020; Besprechung bei Golla, OdW 2020, 209 ff.

²⁵ Eisele, in: Schönke/ Schröder, StGB, Kommentar, 30. Auflage, 2018, § 201, Rn. 7 f.

²⁶ Im Sinne einer Doppelfunktion als Hinweis auf die Rechtswidrigkeit und als tatbestandliche Wirkung durch Einverständnis AG Hamburg NJW 1984, 2111.

²⁷ Heuchemer/ Paul, JA 2004, Heft 4, S. 1, 4.

²⁸ Eisele, in: Schönke/ Schröder, § 201, Rn. 29 ff.

die Hochschule gerade in der Übergangszeit nachteilig sein. Denn von einer mutmaßlichen Einwilligung kann in der Regel dann nicht ausgegangen werden, wenn der Sprechenden Person die Abfrage vorher möglich und zumutbar war.²⁹ Dies wird der Lehrperson jedoch vor Beginn der Veranstaltung gut möglich und auch zumutbar sein. Außerdem ist offen, wie sich die lehrende Person zu einer Aufnahme positioniert, ob sie dies also als sinnvolle Bereicherung für bestimmte Lerntypen von Studierenden oder als übergriffige Ambush-Aktion gesehen wird. Aus der Einwilligung der lehrenden Person in die Aufzeichnung der Veranstaltung, die aus ihrem Verhalten folgt,³⁰ kann insoweit nicht ohne Weiteres auch auf die Einwilligung zur Speicherung durch Studierende ausgegangen werden. In jedem Fall ist es ratsam, diese Konstellation vor Beginn einer Lehrveranstaltungsreihe belastbar zu besprechen und möglicherweise zusätzlich auch schriftlich für diejenigen Studierenden vorzuhalten, die bei der Besprechung nicht anwesend waren. Insoweit greift eine der wenigen über eine bloße Kompensation von Präsenzlehre hinausgehenden Möglichkeiten der Online-Lehre, nämlich die nachhaltige Vorhaltung für unverschiedet verhinderte Studierende, etwa wegen Mutterschutzes, Krankheit oder Behinderung.³¹

Neben der reinen Aufnahme ist auch das Gebrauchen einer Aufnahme strafbar. Dieses liegt jedenfalls beim Abspielen der Aufnahme vor,³² möglicherweise sogar bereits beim Kopieren der Aufnahme ohne jegliche akustische Zugänglichmachung.³³ Dies hat erhebliche Auswirkungen. Denn in einer Konstellation, in der Studierender A die unbefugte Aufnahme tätigt, Studierender B dagegen diese Aufnahme für weitere Personen vervielfältigt, hängt die Strafbarkeit von B nach § 201 StGB³⁴ von dieser Bewertung entscheidend ab.

b.

Etwas eindeutiger ist die Rechtslage dann bei § 201 Abs.1 Nr. 2 StGB, der das Zur-Verfügung-Stellen dieser Materialien unter Strafe stellt. Hauptanwendungsfall dessen ist sicherlich der Upload auf öffentlich zu-

²⁹ Graf, in: MüKoStGB, 3. Auflage, 2017, § 201 Rn. 42 m.w.N.

³⁰ S. oben, Nr. II 1 b.

³¹ Morgenroth/Wieczorek OdW 2021, 7, 11.

³² Heuchemer, in: BeckOK StGB, 49. Edition, 01.02.2021, § 201 Rn. 7.

³³ Zum Streitstand Graf, in: MüKoStGB, 3. Auflage, 2017, § 201 Rn. 26.

³⁴ Daneben ist selbstverständlich eine Strafbarkeit nach § 106 UrhG wahrscheinlich.

gängliche Plattformen. Dass dies vom Willen aller hörbaren Personen gedeckt bzw. sonst gerechtfertigt werden kann, dürfte sich auf Ausnahmesituationen beschränken.

c.

Nach § 205 StGB wird die Tat – wie § 106 UrhG – nur auf Antrag verfolgt. Anders als § 106 UrhG ist § 201 StGB jedoch kein Privatklagedelikt, so dass die filigrane Unterscheidung zwischen dem öffentlichen Interesse nach § 376 StPO und dem besonderen öffentlichen Interesse an der Strafverfolgung hier nicht relevant wird.

3.

Es ist auch denkbar, dass die Online-Lehre neben oder anstatt von Lehrunterlagen über das gesprochene Wort hinaus stehende oder laufende Bilder der lehrenden Person enthält. Prototypischer Fall dieser Konstellation ist die Aufnahme einer Lehrveranstaltung und nachherige Einstellung in Lehrportale der betreffenden Hochschule.³⁵ Neben dem Inhalt der Lehrmaterialien und dem gesprochenen Wort ist auch das eigene Bild Gegenstand strafrechtlichen Schutzes in verschiedenen Facetten.

a.

So kann bereits die Aufnahme eines Bildnisses von § 201a StGB erfasst sein. § 201a StGB schützt den „höchstpersönlichen Lebensbereich“. Wegen Bedenken im Hinblick auf das Bestimmtheitsgebot in Art. 103 Abs. 2 GG durch die nur schwer konturierbare Interpretation dieses neuen Rechtsbegriffs³⁶ ist der „höchstpersönliche Lebensbereich“ einschränkend im Sinne des Kernbereichs des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts, also etwa der Intimsphäre³⁷ oder der Sexualsphäre³⁸ auszulegen.

In diesem Sinne kann eine bloße Aufnahme einer Lehrveranstaltung eines Lehrenden, der sich in dessen Wohnung oder auch im Garten mit einer blickdichten Hecke befindet,³⁹ zwar die Tathandlung der „Herstellung einer Bildaufnahme“ gemäß § 201a Abs. 1 Nr. 1 StGB verwirklichen. Eine darüber hinaus erforderliche „Verletzung des höchstpersönlichen Lebens-

³⁵ https://www.uni-due.de/imperia/md/images/e-learning/aufzeichnung_videokonferenzen.pdf; <https://www.dshs-koe.ln.de/aktuelles/meldungen-pressemitteilungen/detail/meldung/aufzeichnung-von-lehrveranstaltungen/>.

³⁶ Heuchemer, in: BeckOK StGB, 49. Edition, 01.02.2021, § 201a Rn. 1 f.

³⁷ Hoppe GRUR 2004, 990, 993.

³⁸ Bosch JZ 2005, 377, 379.

³⁹ BT-Drs. 15/2466, S. 5.

bereichs der abgebildeten Person“ liegt jedoch im Sinne obiger restriktiver Interpretation nur dann vor, wenn dadurch die Intimsphäre der Lehrperson berührt wird.⁴⁰ Dies wird man bei einer überwiegend sachbezogenen und an Effektivität ausgerichteten Handlungsweise der lehrenden Person nicht annehmen können. Denkbar erscheint dies jedoch in kreativen, etwa gestalterischen, tänzerischen oder musikalischen Kontexten, wo Selbstvergessenheit und Zurücknahme kognitiver Kontrolle zugunsten kreativer Energien neben handwerklichen Fähigkeiten zum Ausbildungsziel gehören.

b.

§ 33 KUG vermag diese rechtliche Schutzlücke nicht befriedigend zu schließen.⁴¹ Die Vorschrift verbietet nämlich nicht bereits die Aufnahme eines Bildnisses, sondern lediglich die nach außen gerichteten Handlungen der Verbreitung oder der öffentliche Zurschaustellung.

§ 33 KUG schließt die Strafbarkeit dabei an die Wirkungsweise der §§ 22, 23 KUG an,⁴² die ein dreistufiges System etablieren, welches das Allgemeine Persönlichkeitsrecht der abgebildeten Person und die Informations- und Kommunikationsrechte der Medien und der Allgemeinheit miteinander in Einklang bringt.⁴³

c.

Beide Delikte sind Antragsdelikte; dies folgt für § 201a StGB aus § 205 StGB und für § 33 Abs. 1 KUG aus § 33 Abs. 2 KUG. Für § 201a StGB ist dagegen möglich, dass das besondere Interesse an der Strafverfolgung einen fehlenden Strafantrag zu überwinden vermag.

Für beide Delikte wiederum gleich ist dagegen die Eigenschaft als Privatklagedelikt nach § 374 StPO. Damit die staatlichen Strafverfolgungsbehörden eingreifen können, ist auch hier jeweils ein öffentliches Interesse nach § 376 StPO erforderlich. Wie für § 106 UrhG kann daher auch für § 201a StGB ein Zusammentreffen von öffentlichem Interesse und besonderem öffentlichem Interesse an der Strafverfolgung vorliegen.

⁴⁰ *Kühl AfP* 2004, 190, 196.

⁴¹ *Ernst NJW* 2004, 1277, 1278.

⁴² *Specht-Riemenschneider/Schneider WissR* 2020, 233, 264.

⁴³ *Morgenroth, Hochschulstudienrecht und Hochschulprüfungsrecht*, 3. Auflage, 2021, Rn. 536n.

III. Strafrecht bei Online-Prüfungen

Die strafrechtlichen Besonderheiten für Online-Prüfungen lassen sich im Wesentlichen dreiteilen.

1. Zunächst gelten die für die Online-Lehre herausgearbeiteten Dimensionen für Online-Prüfungen entsprechend. Auch im Zusammenhang mit Online-Prüfungen ist es möglich, dass Prüfungsunterlagen, die dem Urheberschutz unterfallen, unbefugt heruntergeladen und dann verbreitet werden, dass Mitschnitte der Stimme der prüfenden Personen ihren Weg in nicht autorisierte Portale finden oder dass ein ohne Einwilligung der Lehrperson entstandenes Bildnis der Öffentlichkeit zugänglich gemacht wird. Insofern besteht der strafrechtliche Schutz dieser Handlungen bei Online-Prüfungen prinzipiell gleichermaßen.

2. Darüber hinaus gibt im Kontext von Zulassung⁴⁴ bzw. Immatrikulation⁴⁵ und auch für Prüfungen⁴⁶ in einigen Bundesländern die Besonderheiten, dass die Hochschulen von den Studierenden Versicherungen an Eides Statt verlangen dürfen. Eine falsche Versicherung an Eides Statt wird gemäß § 156 StGB mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. Auch in der fahrlässigen Begehungsform ist die falsche eidesstattliche Versicherung strafbar, dann bis zu einem Jahr Freiheitsstrafe oder Geldstrafe, § 161 StGB.

Eine bemerkenswerte Besonderheit findet sich in diesem Zusammenhang in § 158 StGB und in § 161 Abs. 1 StGB. Danach kann Straffreiheit oder wenigstens eine Strafmilderung eintreten, wenn der Täter seine Falschaussage rechtzeitig berichtigt. Soweit eine Strafmilderung eintritt, sind die Rechtsfolgen daher vergleichbar mit dem Rücktritt vom Versuch nach § 24 StGB,⁴⁷ obwohl es sich bereits um vollendete Taten handelt. Man spricht hierbei auch von sog. „tätiger Reue“.⁴⁸ Rechtzeitig ist die Berechtigung insbesondere dann noch, wenn sie bei der betreffenden Sachentscheidung noch berücksichtigt werden kann.⁴⁹ Das sind prinzipiell gute Nachrichten für Studierende, denn in aller Regel vergehen ein

⁴⁴ OVG Saarland, Beschluss vom 05.01.2018, Az. 1 B 865/17.NC.

⁴⁵ OVG Lüneburg, Beschluss vom 29.11.2019, Az. 2 NB 1/19.

⁴⁶ § 92 Abs.7 HG NRW.

⁴⁷ Ebert, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Auflage, 2001, 128 ff.

⁴⁸ Mtschedlischwili-Hädrich/Heinrich DGStZ 2018, 1, 2.

⁴⁹ Kudlich, in: BeckOK StGB, 49. Edition, 01.02.2021, § 159 Rn. 9.

paar Tage bzw. Wochen, bevor eine schriftliche Prüfungsarbeit korrigiert und das Ergebnis bekanntgegeben wird. Wenn Studierende das schlechte Gewissen plagt, dann haben sie also noch eine Chance auf Straffreiheit, wenn sie schnell handeln.

Zumindest für das Bundesland Nordrhein-Westfalen ist die Variante des Strafverfahrens wegen der §§ 153 ff. StGB gegenüber den ebenfalls möglichen hochschulinternen Bußgeldverfahren nicht vorzugswürdig. Fehlende fachliche Nähe der Strafverfolgungsbehörden zu den Interna einer Hochschule, fehlender Fokus wegen vergleichsweise geringen Unrechts, lange Zeitdauer bis zur Aufklärung bei Polizei und Staatsanwaltschaft und Kontrollverlust durch die Hochschulen sind dabei nur einige Aspekte, weshalb die Hochschulen das Verfahren lieber in den eigenen Händen behalten.⁵⁰

3. Ein dritter strafrechtlicher Bereich betrifft ein neuartiges Phänomen im Zusammenhang mit der Etablierung von Online-Prüfungen, nämlich die IT-basierten Identitätskontrollen der Prüflinge. Die Studierenden haben sich hierbei üblicherweise mit einem Ausweis zu identifizieren. Dies dient der Sicherstellung der Pflicht der Prüflinge, die Leistung selbst und nicht durch andere, ggf. ähnlich aussehende Personen erbringen zu lassen.⁵¹ Dies ist ein Ausfluss des Gebots der Chancengleichheit im Prüfungsverfahren, der der Hochschule aufgibt, Täuschungspotenziale der Studierenden auszuschließen.⁵² Es ist bereits in der Welt der Präsenzprüfung bekannt gewesen, dass fachlich bessere Zwillingsgeschwister oder ähnlich aussehende andere Studierende sich als die prüfungsverpflichteten Studierenden ausgegeben haben, um deren Chancen bei der betreffenden Prüfung zu verbessern. Diese Chancen werden durch nicht besonders gut auflösende Webcams, Chaos bei der Anmeldung oder Unerfahrenheit des Aufsichtspersonals noch erhöht.

§ 281 StGB stellt sowohl das Gebrauchen als auch das Überlassen eines Ausweispapiers zur Täuschung im Rechtsverkehr unter Strafe. Will sich also A durch B bei der Prüfung vertreten lassen, so trifft A durch das Überlassen seines Ausweises an B ebenso die Strafe nach § 281 StGB wie

⁵⁰ So die Aussage von Dr. Thilo Groll, Justiziar der Fachhochschule Dortmund, auf einem Seminar zum Prüfungsrecht am 8. Dezember 2018 in Berlin.

⁵¹ *Morgenroth*, Hochschulstudienrecht und Hochschulprüfungsrecht, 3. Auflage, 2021, Rn. 411.

⁵² Ständige Rechtsprechung, s. beispielsweise *OVG Bautzen*, Beschluss vom 05.11.2019, Az. 2 B 388/18.

B, der den Ausweis des A bei der Identitätskontrolle gebraucht. Dass in dieser Konstellation beide Beteiligte „zur Täuschung im Rechtsverkehr“ handeln, dürfte selbsterklärend sein.

Da viele verschiedene Formen und Arten von Ausweispapieren hier in Frage kommen, ist insbesondere dieses Tatbestandsmerkmal etwas näher zu erläutern. Unter einem Ausweispapier wird allgemein ein amtlicher Ausweis verstanden.⁵³ Der verwendete Rechtsbegriff erfährt damit bereits durch diese Interpretation zwei wesentliche Konkretisierungen. Erstens muss der Ausweis nicht aus Papier sein. Und zweitens darf es nicht jeder, sondern es muss ein amtlicher Ausweis sein. Die Amtlichkeit des Ausweises wird üblicherweise über zwei Kriterien bestimmt: er muss von einer Behörde oder sonstigen Stelle öffentlicher Verwaltung ausgestellt sein⁵⁴ und er muss seiner Bestimmung nach⁵⁵ oder zumindest auch⁵⁶ der Identifikation der bezeichneten Person dienen. Für Online-Prüfungen in Frage kommen hierbei in erster Linie eine Studienbescheinigung, ein hochschulinterner Multifunktionsausweis oder offizielle Dokumente wie Personalausweis und Reisepass.

Letztere unterfallen in jedem Falle der Kategorie der amtlichen Ausweise.⁵⁷ Da sie jedoch teilweise personenbezogene Daten enthalten, die für die Zwecke der Prüfung der Identität durch die Hochschule nicht von Belang sind, wie beispielsweise die für Hochschulzwecke nicht relevante Ausweis-ID, stehen diese Ausweisdokumente in der Gefahr, aus Gründen von Datensparsamkeit und Verhältnismäßigkeit nach Art. 5 DSGVO unzulässig zu sein. Reine Studienbescheinigungen sind zwar ebenfalls amtliche Ausweise,⁵⁸ enthalten aber in der Regel keine Abbildung der betreffenden Person und sind deshalb nur in Verbindung mit einem Lichtbildausweis zur Identifizierung geeignet.

Näher zu betrachten sind deshalb die hochschulinternen Multifunktionsausweise, die üblicherweise ein Lichtbild, den Namen und ggf. der Matrikelnummer der Studierenden ausweisen und Funktionen wie Zutritt zu Gebäuden, Ausleihfunktion in Bibliotheken, Bezahlungsfunktion in Mensen

⁵³ BGHSt 34, 299, 301 f.

⁵⁴ OLG Köln NStZ 2010, 520.

⁵⁵ Hecker GA 1997, 525, 528.

⁵⁶ BGH StV 2015, 360.

⁵⁷ BGHSt 34, 299, 301 f.

⁵⁸ Erb, MüKo StGB, 3. Auflage, 2019, § 275 Rn. 3.

oder kostenfreie Nutzung der ÖPNV- und Regionalbahnangebote beinhalten.⁵⁹ Diese Ausweise sind zunächst von Hochschulen als Behörden⁶⁰ ausgestellt worden. Sie dienen daneben zumindest auch der Identifikation der bezeichneten Person. In dieser funktionalen Breite kann auch nicht davon gesprochen werden, dass diese Ausweise ausschließlich einem internen Dienstgebrauch dienen, was eine Erfassung als amtlicher Ausweis grundsätzlich ausschließen würde.⁶¹ Im Ergebnis scheint demnach Vieles für eine Erfassung auch solcher Multifunktionsausweise als amtliche Ausweise zu sprechen. Andererseits scheint es auch einen gewissen qualitativen Unterschied zwischen solchen operativ-funktionalen Ausweisen und echten Identifikationsdokumenten wie Personalausweis oder auch Geburtsurkunde⁶² zu geben. Eine ähnliche Mischung aus Identifikations- und Nachweisfunktion wie beim studentischen Multifunktionsausweis hat der Führerschein, der ebenfalls zu den amtlichen Ausweisen zählt.⁶³ Während der Führerschein jedoch für eine staatlich geprüfte Tauglichkeit zum Führen bestimmter Klassen von Kraftfahrzeugen bürgt, stellt der Multifunktionsausweis als Leistungen des Studierenden bestenfalls eine Semesterzahl dar. Mit dieser Art von Amtlichkeit, die der Führerschein aufzuweisen hat, kann sich der Multifunktionsausweis damit wohl auch nicht messen. Auch der Behindertenausweis⁶⁴ öffnet eine ganze eigene Welt spezieller Sozialleistungen und trägt damit eine andere Dimension von Officialität. Bedenkt man aber, dass auch Waffenscheine, Jagdscheine oder Angelscheine⁶⁵ als amtliche Ausweise gelten und der studentische Multifunktionsausweis alle Voraussetzungen für ein amtliches Dokument im Sinne der Norm erfüllt hat, so sprechen die besseren Gründe dafür, ihn ebenfalls zum tauglichen Tatobjekt für § 281 StGB zu erklären.

⁵⁹ Die Studierenden des Freistaats Thüringen haben einen solchen Ausweis, die sog. Thoska.

⁶⁰ Dies trifft für private Hochschulen nicht zu, *Erb*, MüKo StGB, 3. Auflage, 2019, § 275 Rn. 3.

⁶¹ *Heger*, in: Lackner/Kühl, StGB-Kommentar, 29. Auflage, 2018, § 275 Rn. 1.

⁶² *RGSt* 12, 385, 387.

⁶³ Hecker GA 1997, 525, 528.

⁶⁴ *AG Nürnberg* DAR 2005, 410.

⁶⁵ *Weidemann*, in: BeckOK, 49. Edition, 01.02.2021, § 273 Rn. 3.

IV. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse

Abschließend seien die Essenzialia der vorangegangenen Analyse nochmals zusammenfassend herausgehoben:

1. Studienmaterialien unterfallen in der Regel urheberrechtlichem Schutz. Deren unbefugte Verwendung wird daher vom Straftatbestand des § 106 UrhG mit folgenden Besonderheiten erfasst:

a. Die umfassende Wertung, die dem Merkmal „anders als in den zulässigen Fällen“ in § 106 Abs. 1 UrhG zu Grunde liegt, entspricht eher der Prüfung der Rechtfertigungsgründe, so dass diese gesetzliche Passage der Rechtswidrigkeit und nicht dem Tatbestand zuzurechnen ist.

b. Eine Einwilligung der Lehrperson in die Weiterverarbeitung der Lehrmaterialien kann eher anzunehmen sein, wenn die Lehrperson die Unterlagen unter Elemente der Open Access Bewegung, etwa Creative Commons Lizenzen, gestellt hat.

c. Sind sowohl weisungsfrei als auch weisungsgebundenes Personal an der Bearbeitung der Lehrmaterialien beteiligt gewesen, so entsteht eine Miturheberschaft von weisungsfrei arbeitender Person und Hochschule nach § 43 UrhG, die inhaltliche Besonderheiten, etwa die genaue Aufteilung der Teilleistungen, und prozessuale Herausforderungen, beispielsweise eine Streitgenossenschaft, mit sich bringen kann.

2. Das gesprochene Wort erfährt darüber hinaus strafrechtlichen Schutz insbesondere nach § 201 StGB. Anders als bei § 106 UrhG ist hier bereits die Aufnahme zu privaten Zwecken grundsätzlich strafbar, soweit die Lehrperson nicht ausdrücklich, konkludent oder mutmaßlich einwilligt, etwa aus Interessen der Förderung der Wissensvermittlung.

3. Die nach außen gerichtete Verbreitung oder öffentliche Zurschaustellung, bei Verletzung der Intimsphäre der abgebildeten Lehrperson auch bereits die Aufnahme eines Bildnisses, werden darüber hinaus durch § 33 KUG unter Strafe gestellt. Die strafrechtliche Einschätzung folgt hier der privatrechtlichen nach §§ 22, 23 KUG.

4. Eine falsche Versicherung an Eides Statt über die Eigenständigkeit der Leistungserbringung einer Prüfung kann eine Strafbarkeit nach den § 153 ff. StGB bewirken. Rechtzeitige Berichtigung der Aussage, für Prüfungen also vor Bekanntgabe der Bewertung, kann aber zu Straffreiheit führen.

5. Studentische Multifunktionsausweise mit Lichtbild unterfallen dem Anwendungsbereich von § 281 StGB. Sowohl die überlassende als auch die verwendende Person, insbesondere im Zuge einer Identitätskontrolle vor einer Online-Prüfung, steht damit in der Gefahr einer Strafbarkeit.

Vier Perspektiven des (juristischen) Entscheidens*

I. Einführung

Juristen beurteilen für ihre Entscheidungen menschliche Handlungen. Die zu beurteilenden Sachverhalte werden am Maßstab rechtlicher Normen gemessen. Wie – vergangene – Sachverhalte zu rekonstruieren sind, ist nicht trivial, sie können aus der Sicht des Handelnden subjektiv oder aus der eines oder mehrerer Beobachter objektiv betrachtet werden. Man kann weiter die Sicht zum Zeitpunkt des Geschehens wählen (ex ante) oder man kann den heutigen Blick auf die seinerzeitigen Ereignisse der Entscheidungsfindung zugrunde legen (ex post).

Das, was in der je gewählten Perspektive als maßgeblicher Sachverhalt in den Blick kommt, kann sich durchaus unterscheiden. Das einfache Beispiel einer nur scheinbar vorliegenden Gefahr im Sinne des Polizeirechts illustriert dies. Der in der Situation befangene Polizeibeamte nahm nicht wahr, was ein externer Beobachter sah: dass nämlich die Szene des mit einer Geisel flüchtenden Bankräubers ausweislich der umstehenden Kameras und Beleuchtungsvorrichtungen eine solche in einer Filmproduktion war und keine Gefahr für Leib und Leben der „Geisel“ bestand.

Erst recht ist dies später, etwa bei einer Gerichtsverhandlung, offenbar.

Die Sicht ex post kann über mehr Informationen verfügen als zum Zeitpunkt der Handlung gegeben waren („Mehrwissen“¹); in jener Lage können sich aber auch andere Eindrücke aufgedrängt haben, die sich hinterher verflüchtigt haben („Wenigerwissen“²) oder sich als nicht maßgeblich erwiesen haben. Der Blick ex ante oder ex post, die subjektive oder die objektive Betrachtung können durchaus Unterschiedliches zu sehen bekommen.

* Dieser Beitrag ist zuerst erschienen in der Zeitschrift „Rechtswissenschaft“ 2019, S. 262 ff. im Nomos Verlag Baden-Baden.

¹ H. Krämer, Kritik der Hermeneutik, 2007, S. 74.

² H. Krämer, Kritik (Fn. 2).

II. Das Vier-Felder-Schema der Betrachtung

1) Zwei Gegensatzpaare der Betrachtung

Die Sicht ex ante oder ex post bildet ebenso ein Gegensatzpaar wie die subjektive oder die objektive Betrachtung. Jeweils kann nur einer der gegensätzlichen Blickwinkel eingenommen werden, die Gegensatzpaare sind in sich jeweils wechselseitig exklusiv, sie können aber auch kombiniert werden. Das ergibt eine Vier-Feldertafel möglicher Betrachtungen, also subjektiv ex ante, subjektiv ex post, objektiv ex ante und objektiv ex post.

	ex ante	ex post
subjektiv		
objektiv		

Was für die einzelnen Alternativen gilt, trifft auch auf alle vier Betrachtungsweisen zu: Der Sachverhalt stellt sich (möglicherweise) anders dar. Dass man heute manches anders sieht als damals („wenn man vom Rathaus kommt ...“) ist ebenso Gemeingut wie die Erkenntnis, dass der Einzelne subjektive Einfärbungen seiner Wahrnehmung hinnehmen muss, welche andere nicht teilen.³ Subjektivität der Wahrnehmung meint insofern deren Geprägtheit durch die Individuen der Wahrnehmung und deren Eigenart. Wegen dieser unvermeidlichen Standpunktgebundenheit des Wahrnehmens und Urteilens ist die „objektive“ Sichtweise letztlich keine vom Objekt vorgegebene und aufgezwungene, sondern nur eine intersubjektiv geteilte, also eine, welche die subjektiven Ausschläge der Einzelnen nivelliert.

Die Betrachtung aus einem dieser vier Blickwinkel liefert also oft ein anderes Bild als aus einem anderen: Die Wahl der Perspektive ist wichtig für die Beurteilung des früheren Geschehens. Der Blickwinkel der Beurteilung ist maßgeblich für das Urteil. Die Mehrzahl der Perspektiven relativiert: Jede Sichtweise kann durch eine andere ersetzt oder ergänzt werden.

Die beiden hier behandelten Gegensatzpaare sind nicht die einzigen,

³ Der Film des Regisseurs *Akira Kurosawa* „Rashomon“ zeigt das Phänomen der selektiven Wahrnehmung und kognitiven Verzerrung anschaulich in der sukzessiven Darstellung der nämlichen Geschichte durch die vier Protagonisten.

mit denen die Jurisprudenz arbeitet. Sie sind aber zu unterscheiden von Gegensatzpaaren, die zunächst nur verbale Entgegensetzungen darstellen, so zum Beispiel „abstrakt“/„konkret“, „einfach“/ „qualifiziert“, „formell“/„materiell“, „konstitutiv“/„deklaratorische“, „mittelbar“/„unmittelbar“ etc.⁴ Hinter diesen Entgegensetzungen können ganz unterschiedliche Konzeptualisierungen stehen, sie sind oft nur Strukturierungsangebote zur Ordnung des Rechtsstoffes, die für manche Konstellationen passen, für andere aber nicht. Unsere beiden Paare sind demgegenüber *immer* auf menschliche Handlungen und ihre Produkte anzuwenden, Sie stellen tatsächlich gegebene Betrachtungsschemata/Betrachtungsmöglichkeiten dar, zwischen denen dann zu wählen ist.

Die Diskussion um *Rückschafehler*⁵ setzt nun an der Differenz der Betrachtung *ex ante* und *ex post* an. Konstitutiv für diese Problemlage ist also dieses Gegensatzpaar. In der Auseinandersetzung mit den sogenannten Rückschafehlern werden auch immer wieder Überlagerungen durch die Subjektivität des Betrachters *ex post* notiert, die subjektive *ex post*-Betrachtung ist also dann thematisch. Die Heranziehung aller vier möglichen Perspektiven erlaubt es nun, die Rückschafeproblematik in ein größeres Diskussionsfeld einzustellen. Dies bekräftigt zum einen die Relevanz der Problematik einer Rückschafe, sie relativiert zum anderen aber auch die Figur des „Rückschafehlers“. Die Rückschafe ist nämlich nicht nur mit dem Risiko von Fehleinschätzungen behaftet, sie ist auch verbunden mit dem grundsätzlichen Vorteil einer besseren Informationslage.⁶ Die Einstellung der Diskussion um Rückschafehler in das Vier-Felder-Schema erlaubt also präziser zu bestimmen, wo die Vorteile einer Betrachtung *ex post* liegen und welche Defizite und Risiken damit verbunden sind und

⁴ Siehe zu solchen Entgegensetzungen H. CH. Röhl/K. F. Röhl, Juristisches Denken aus Versatzstücken, in: J. Brockmann/J.-H. Dietrich/A. Pilniok (Hrsg.), Methoden des Lernens in der Rechtswissenschaft, 2012, S. 253 ff.; G. Reiner, Les Dichotomies en Droit, in: G. Azzaria (Hrsg.), Les nouveaux chantiers de la doctrine juridique, 2016, S. 407 ff.

⁵ Siehe dazu etwa R. Hastle/D. A. Schkade/J. W. Payne, Juror Judgements in Civil Cases: Hindsight Effects on Judgements of Liability for Punitive Damages, Law and Human Behavior 23 (1999), 597 ff.; V. Roberto/K. Grechenig, Rückschafehler („Hindsight Bias“) bei Sorgfaltspflichtverletzungen, ZSR 130 (2011) 5 ff. m.w.Nw.

⁶ Dies betont etwa R. Posner, An Economic Approach to the Law of Evidence, Stanford Law Review 51 (1999), 1477 ff.

was gegen diese Gefahren unternommen werden kann.⁷

2) Anwendungsbeispiele außerhalb des Rechts

Diese vier Betrachtungsmöglichkeiten bestehen gegenüber *allen* menschlichen Handlungen und Artefakten. Man kann immer einen dieser Blickpunkte wählen – oder eben einen anderen, man kann den seinerzeitigen Horizont des Handelnden einnehmen oder die damalige Situation verobjektiviert betrachten, man kann von heute aus subjektiv oder objektiv den Blick auf das seinerzeitige Geschehen richten. Der Anspruch des Vier-Felder-Schemas ist also umfassend. Mit einem Augenzwinkern kann man von einer handlungstheoretischen „Weltformel“ sprechen.

Dementsprechend finden sich diese vier Perspektiven in den verschiedensten Gattungen, die sich mit menschlichen Produktionen beschäftigen, also in allen Kunstformen.

In der *Musik* ist es weithin selbstverständlich, dass nicht nur der Komponist und das Stück genannt werden, sondern auch der Interpret. Wenn im Radio klassische Musik erklingt, so gehört die Ansage dazu, wer das zu hörende oder das gehörte Stück gespielt hat. Die Aufführung eines Musikstückes wird also als vom Interpreten unseparierbar behandelt, so jedenfalls in unserer Kultur. Die Tatsache, dass die Musik in den Noten mehr oder weniger exakt vorgegeben ist, tritt hinter die Möglichkeit unterschiedlicher Interpretationen zurück. Das Vertrauen in die Determinationskraft der Notation ist demnach begrenzt. Bei Rechtstexten wird demgegenüber – mindestens offiziell – die Rolle des Interpreten als eher klein dargestellt, die Objektivität des Rechts wird forciert. Diese Betonung der Subjektivität der Aufführung von Musikstücken ist keineswegs selbstverständlich, so wird etwa von *Heinrich Christian Koch* 1802 im „Musikalischen Lexikon“ für die Ausführung eines Tonstückes gefordert, „daß sie dem Charakter des Tonstückes und der Absicht des Tonsetzers vollkommen entspricht.“⁸ Für die Musik ist festzuhalten, dass es eine permanente Auseinandersetzung um die „Werktreue“ gibt: Werden die Angaben von Tempi oder Lautstärke beim Komponisten vom Interpreten beachtet? Neben diesen Erörterungen um Objektivität oder Subjektivität findet sich auch die zeitliche Perspektive, die bis zur Heranziehung oder gar dem Nachbau alter Instrumente führt.

⁷ Dazu Roberto/Grechenig (Fn. 3), 18 ff.; *M. J. Stealard/D. L. Worthington*, Reducing the Hindsight Bias Utilizing Closing Arguments, *Law and Human Behavior* 22 (1998), 671 ff.

⁸ *H.Ch. Koch* (Hrsg.), *Musikalisches Lexikon*, 1802, Stichwort Aufführung, Sp. 186 (192).

Die Welt des deutschen *Theaters* wird seit einiger Zeit bewegt von der Auseinandersetzung um das sogenannte „Regietheater“. Es geht darum, dass unter diesem Schlagwort Regisseuren vorgeworfen wird, sich zu wenig an die textliche Vorgabe zu halten und der Interpretation einen ungebührlich großen Raum einzuräumen.⁹ Ganz äußerlich betrachtet geht es also etwa darum, ob bei einer Aufführung von *Schillers* „Maria Stuart“ die Schauspielerinnen Reifröcke und die Schauspieler Perücken tragen oder ob sie in zeitgenössischer Kleidung mit Aktenkoffern herumstolzieren und hektisch ihre Handys bedienen. Man kann dies auf den Gegensatz der ex ante Betrachtung („wie zu Schillers Zeiten“) oder der ex post Sicht (eine Aktualisierung für die heutige Zeit) bringen. Die Akzentuierung der einen oder anderen Seite des Stücks ist dann der Subjektivität der Inszenierung geschuldet. Die Möglichkeit der „Aktualisierung“ ist immer gegeben, schon *Karl Kraus* hat zu dieser Diskussion beigetragen.¹⁰ Die Auseinandersetzung um unterschiedliche Regiestile kann also als Anwendungsfall unseres Schemas gesehen werden, und zwar in den Ausprägungen historisch oder zeitgenössisch orientiert und strengere Bindung an Text oder größere Freiheit des Regisseurs.

Entsprechendes gilt auch für die *Oper*. Hier werden bestimmte Aufführungen gar gekennzeichnet durch auffallende Regieeinfälle, so wurde eine Inszenierung der Zauberflöte als „Kühlschrankinszenierung“¹¹ bezeichnet, weil im Bühnenbild große Kühlschränke auftauchten.

Auch in der *Literatur* können die vier Perspektiven unschwer appliziert werden. Eine objektive Betrachtungsweise nimmt sich lediglich den Text vor, wohingegen ein subjektiver Zugang sich bevorzugt für biografische Ereignisse im Leben des Autors interessiert. Das vierfältige Schema ist hilfreich, um literaturwissenschaftliche Kontroversen einzuordnen. So kann der Biographismus ebenso unschwer als besondere Art des Zugangs verstanden werden wie der von *Roland Barthes* verkündete „Tod des Autors“,¹²

⁹ Sie etwa *D. Kehlmann*, FAZ vom 27.7.2009, S. 23 und 25.

¹⁰ *K. Kraus*, Mein Vorurteil gegen Piscator, in: D. Simon (Hrsg.), *Karl Kraus, Ausgewählte Werke – Vor der Walpurgisnacht*, Bd. 3, 1977, S. 206 ff.

¹¹ Es handelte sich um die Inszenierung von *N. Harnoncourt* am Opernhaus Zürich 2007. Aufsehen erregte auch die Inszenierung von *P. Konwitschny* an der Hamburgischen Staatoper, welche Wagners „Lohengrin“ in ein Klassenzimmer verlegte.

¹² *R. Barthes*, Der Tod des Autors, in: F. Jannidis et al. (Hrsg.), *Texte zur Autorschaft*, 2000, S. 181 ff.

der die Schrift, also die objektive Gegebenheit des Textes, betonen sollte. In der Nachfolge von *Michel Foucault*¹³ ging es dann um die Wiedereinsetzung des Autors – durchaus in verschiedenen Aspekten – in sein Recht. Der „Lector in Fabula“¹⁴ lässt sich als Erscheinungsform der subjektiven ex post Betrachtung verstehen, die Geschichte entsteht hier wesentlich in dem und durch den Leser. Die Subjektivität kann also die des Autors wie diejenige des Rezipienten sein. Durch Einbeziehung der aktuellen Situation des Lesers, also der Rezeptionspragmatik, wird ein objektiver ex post Standpunkt gewonnen. Die ex post Sicht kommt auch in dem Diktum zum Ausdruck, ein Text könne klüger sein als sein Autor¹⁵, ein Satz, der bekanntlich auch für das Gesetz vertreten wird. Aber auch die entgegengesetzte Position der Betonung des Entstehungskontextes wird *immer wieder vertreten, so von der Richtung des literaturwissenschaftlichen newhistoricism*.¹⁶

Bei der *bildenden Kunst* scheinen Selbstinterpretationen der Künstler eher selten zu sein; die typische Antwort eines Malers, was sein Werk den bedeute, lautet oft, man solle doch das Bild ansehen, das spreche für sich. Das bedeutet also die Betonung einer subjektiven oder objektiven ex post-Herangehensweise. Im Übrigen finden sich auch hier die unterschiedlichen Zugangsmöglichkeiten zum Verständnis eines Werkes, bis hin zur extremen subjektiven ex ante Betrachtung, wie sie *Sigmund Freud* in seiner (spekulative) Abhandlung über die Moses Skulptur Michelangelos unternommen hat.¹⁷

Die fruchtbare Anwendbarkeit der vier Betrachtungsweisen auf die

¹³ M. Foucault, Was ist ein Autor?, in: F. Jannidis et al. (Hrsg.), Texte zur Theorie der Autorschaft, 2000, S.198 ff.

¹⁴ U. Eco, Lector in Fabula: Die Mitarbeit der Interpretation in erzählenden Texten, 1998.

¹⁵ Zu dieser hermeneutischen Erkenntnis, man könne einen Text besser verstehen als sein Autor, H.-G. Gadamer, Gesammelte Werke, Bd.1 Hermeneutik: Wahrheit und Methode, 5. Aufl. 1986, S. 195 ff.; Die Formel geht zurück auf Schleiermacher, es komme darauf an, „die Rede zuerst ebenso gut und dann besser zu verstehen als ihr Urheber“, F. D. E. Schleiermacher, Hermeneutik, 1959, S. 87. Zutreffender wohl, ein Text kann *anders* verstanden werden, als dies der Autor tat, so H. Krämer, Kritik der Hermeneutik, 2007, S. 23.

¹⁶ Diskussionseinleitend St. Greenblatt, Verhandlungen mit Shakespeare, 1993.

¹⁷ S. Freud, Der Moses des Michelangelo, in: ders., Studienausgabe, Bd. X, Bildende Kunst und Literatur, 1989, S. 189 ff.; dazu. I. Grubrich-Simitis, Michelangelos Moses und Freuds „Wagstück“, 2004.

verschiedensten Disziplinen zeigt, dass sie ein Instrument für alle „Menschenwissenschaften“¹⁸ bildet.

3) Durchgängige Anwendbarkeit dieser vier Perspektiven

Aus den unausweichlichen Gegebenheiten der menschlichen Existenz heraus bestehen diese vier Betrachtungsmöglichkeiten vergangener Ereignisse immer. Die Differenz von ex ante- und ex post-Betrachtung und damit von seinerzeitigem und heutigem Horizont eröffnet sich aus der Historizität des Geschehens. Im Vergehen der Zeit entstehen Unterschiede: der Umstände, der Wahrnehmungsmöglichkeiten, der Wissensbestände. Neues entsteht und wird (potentiell) sichtbar, Altes vergeht, verschwindet auch gegebenenfalls aus dem Wahrnehmungshorizont und dem Wissensbestand.

Die Unterscheidung zwischen subjektiver und objektiver Betrachtung ist einerseits der unausweichlichen Subjektivität der Wahrnehmung geschuldet, vor allem aber auch der Tatsache, dass Menschen unter Sinnvorstellungen handeln.¹⁹ Menschen handeln im Hinblick auf die Situation, in der sie sich befinden, in der Weise, wie sie sich ihnen darstellt. Sie orientieren sich sozusagen an einem inneren Bildschirm. Konzeptionell wird dies gefasst in der Figur des „actor in situation.“²⁰ Die Einsicht in die Subjektivität der Handlungssteuerung wurde auch bekannt in der Formulierung des Thomas-Theorems: „If men define situations as real, they are

¹⁸ Im Sinne von N. Elias, s. etwa ders. *Über den Prozess der Zivilisation*, 2. Aufl. 1969, S. LXVI; *Engagement und Distanzierung*, 1983, etwa S. 26 oder 41 oder auch *Symboltheorie*, 2001, etwa S. 13, 83, 140 und öfter; zum Werk von N. Elias s. K.-S. *Rehberg* (Hrsg.), *Norbert Elias und die Menschenwissenschaften*, 1996.

¹⁹ Das ist der Ausgangspunkt aller sinnverstehenden Soziologie. Prägnant hat dies bekanntlich Max Weber formuliert: „Soziologie ...soll heißen: eine Wissenschaft, welche soziales Handeln deutend verstehen und dadurch in seinem Ablauf und seinen Wirkungen ursächlich erklären will. „Handeln“ soll dabei ein menschliches Verhalten ... heißen, wenn und insofern als der oder die Handelnden mit ihm einen subjektiven Sinn verbinden.“... „Sinn ist hier ...*subjektiv gemeinter Sinn*“ (Hervorhebung im Original), *Wirtschaft und Gesellschaft*, Nachdruck der Erstausgabe 1922, S.1.

²⁰ Die soziologische Handlungstheorie hat dies klar herausgearbeitet, s. insbes. T. Parsons, *The Structure of Social Action*, zuerst 1937, Auflage 1968, S. 43ff, prägnant „... the frame of reference of the schema is subjective..., it deals with phenomena *as they appear from the point of view of the actor...*“ (Hervorhebung im Original); ders., *The Social System*, 1951, reprint 1970, S. 24 ff., 543 f.

real in their consequences.“²¹ Die Definition der Situation ist also handlungsleitend.²² Daraus entstand das Konzept der sich selbst erfüllenden Prophezeiung.²³

Zugleich ist die Objektivität der dem Handeln zugrunde gelegten Annahmen unvermeidlich für das Gelingen gesellschaftlichen Handelns und Austausches. Soziales Leben konstruiert deswegen immer zwischen den Akteuren geteilte Annahmen, Objektivität ist insofern praktizierte Inter-subjektivität, als von den handelnden Subjekten gemeinsame Grundlagen anerkannt werden. Gesellschaftliches Leben verlangt in diesem Sinne Inter-subjektivität als (fingierte/nicht in Frage gestellte) Objektivität. Es gilt: „Niemand ist eine Insel“ (John Donne).²⁴

4) Notwendigkeit dieser vier und nur dieser vier Perspektiven

Unser Wahrnehmungsschema ist mithin nicht willkürlich gewählt, sondern zwangsläufig immer gegeben und damit auch die Möglichkeit wie die Notwendigkeit, zwischen diesen Blickwinkeln zu wählen. Andere Dimensionen des Geschehens können durchaus eine, gegebenenfalls auch entscheidende, Rolle spielen, sie sind aber nicht immer von Bedeutung. Beispielsweise findet alles Handeln in einer räumlichen Situierung statt, aber es gibt auch raumindifferentes Handeln. So ist es in vielen Fragen rechtlich irrelevant, wo ein Geschehen stattgefunden hat, dies gilt jedenfalls meistens in einem bestimmten Rechtsraum. Innerhalb einer Rechtsordnung spielt es keine Rolle, wo ein Diebstahl stattfindet, im Geltungsbereich einer Verfassung gelten die Grundrechte allerorts.²⁵

Die sachliche Dimension dessen, was geschehen ist, ist zwar von überragender Bedeutung, für unser Problem geht es aber gerade darum, wie das Bild des sachlichen Geschehens, das zu beurteilen ist, ermittelt wird angesichts dessen, daß mehrere Betrachtungsmodi bereitstehen.

5) Erläuterungen und Komplikationen

Die hier vorgestellten vier Blickwinkel stellen Idealtypen dar. Idealtypen in diesem Sinne (von *Max Weber*) sind reine Konstruktionen, um zu analytischer Klarheit zu gelangen. Tatsächliche Phänomene entsprechen

²¹ *D.S.Thomas/W.I.Thomas, The Child in America, 1928, S. 572.*

²² Siehe dazu auch *M. Morlok, Selbstverständnis als Rechtskriterium, 1993, S. 351 ff.*

²³ *R.K.Merton, Social Theory and Social Structure, 3. Aufl. 1968, S. 475 ff.*

²⁴ „No man is an island, entire of itself“.

²⁵ Konstellationen der Kollision von Rechtsordnungen seien ausgeklammert.

nur mehr oder weniger den Idealtypen.²⁶ Im tatsächlichen Leben können die vier Betrachtungsweisen in unterschiedlich starker („reiner“) Form auftreten. Die Subjektivität kann durch objektivierende Momente gemildert werden, so handelt bei einer sogenannten Putativgefahr nicht jeder sich auf seine Situationssicht verlassende Polizist rechtmäßig, vielmehr wird abgehoben auf einen gewissenhaften, besonnenen und sachkundigen Amtswalter.²⁷ Das Recht arbeitet durchaus häufiger mit Objektivierungstechniken, etwa dem „Durchschnittsbetrachter“ oder dem „objektivierten Empfängerhorizont.“²⁸

Rechtliche Zurechnung fragt typischerweise nach einem Handelnden in einer Situation, also dem „actor in situation.“ Dabei kann der Akzent auf den Handelnden gelegt werden oder aber auf die Situation, in der dieser sich befindet.²⁹ „Und führe uns nicht in Versuchung“ ist in Ansehung der Situation deswegen eine kluge Bitte. Regelmäßig wird bei Zurechnungsfragen die subjektive Sicht ex ante zugrunde gelegt.

Bei der Frage, auf welchen Zeitpunkt abzuheben ist, gilt es zu berücksichtigen, dass Handeln Prozesscharakter hat, dass der Handelnde Neupositionierungen vornimmt, sich umorientiert. Beim bekannten zum BGH gegangenen Fall des Berliner Autorennens mit tödlichem Ausgang war dies für die Frage des *dolus eventualis* wesentlich.³⁰ Bei der ex post-Sicht wird regelmäßig die Sicht des Gerichtes maßgeblich.

III. Rechtliche Anwendungsbeispiele

1) Ziel der Benennung von Beispielen

²⁶ Vergleiche dazu *M. Weber*, Die „Objektivität“ sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis, in: derselbe, *Gesammelte Aufsätze für zur Wissenschaftslehre*, 3. Aufl. 1968, S.146 (190 ff.).

²⁷ So etwa *W.-R. Schenke*, *Polizei – und Ordnungsrecht*, 10. Aufl. 2011 Rn. 82.

²⁸ Zu diesen Objektivierungstechniken *M. Morlok*, *Selbstverständnis als Rechtskriterium*, 1993, S. 312,331 m.w.Nw.

²⁹ Die psychologische Forschung über die Attribuierung von Verantwortlichkeit hat diesen Unterschied zwischen Zurechnung zum Akteur oder zur Situation herausgearbeitet. Handelnde tendieren dazu, ihr Verhalten aus der Situation heraus zu erklären, Beobachter rechnen die Handlung eher dem Akteur zu, siehe nur *E. Jones/R.E.Nisbett*, *The Actor and the Observer*,1971.

³⁰ BGHSt 63, 88 (92f.)

Auch Rechtswissenschaft wie Rechtspraxis beschäftigten sich wesentlich mit menschlichen Handlungen. Damit liegt die Anwendung unseres Vier-Felder-Schemas der Betrachtungsmöglichkeiten nahe. Auf allen Rechtsgebieten stellen sich zahlreiche Probleme, bei deren Bearbeitung die gewählte Perspektive ausschlaggebend für die Lösung des Problems ist, mit der Wahl einer oder einer anderen Sichtweise verändert sich also die Antwort auf die gestellte Rechtsfrage. Dafür werden im Folgenden einige Beispiele gegeben. Dabei kann sowohl zwischen den beiden Möglichkeiten eines Gegensatzpaares zu wählen sein als auch zwischen allen vier Blickwinkeln des Schemas.

Die behandelten rechtlichen Probleme sollen im Rahmen dieser Abhandlung nicht gelöst werden, ihre Benennung erfolgt lediglich zum Zwecke der Demonstration, dass die Wahl der Perspektive oft ein wesentlicher Aspekt der Lösung von Rechtsproblemen darstellt. Damit rückt auch die Frage nach den Gründen, die für oder gegen einen bestimmten Standpunkt der Betrachtung sprechen, in den Fokus der Aufmerksamkeit.

2) Beispiele der Relevanz der Betrachtungsperspektive

Zivilrecht

Das BGB enthält eine interessante Entgegensetzung von subjektiver und objektiver Betrachtung: § 133 BGB legt für die Auslegung einer Willenserklärung den wirklichen Willen zugrunde, hebt also auf die Subjektivität des Erklärenden ab, demgegenüber statuiert § 157 BGB für die Auslegung von Verträgen eine objektive Betrachtung, die insbesondere in der gebotenen Rücksicht auf die Verkehrsauffassung zum Ausdruck kommt. Dies leuchtet deswegen ein, weil das BGB ein Gelingen der Interaktion sicherstellen will, und dies erfordert die Maßgeblichkeit einer objektiven Sicht, also eines normalen Rezipienten einer Erklärung. Die alleinige Bedeutsamkeit des (inneren) Willens eines der Beteiligten würde diese über Gebühr privilegieren und führte überdies zu kaum entscheidbaren Streitigkeiten darüber, was sich der Erklärende tatsächlich vorgestellt hat. Als „Verkehrsrecht“, also als Recht, das geschäftlichen Austausch sicherstellen soll, ist das BGB deutlich auf eine objektive Sicht verwiesen. Dies wird etwa anschaulich im Fall der Trierer Weinversteigerung. Die Auseinandersetzung darüber, ob das Heben des Armes ein Angebot im Sinne der §§ 145 BGB darstellt, ob also die objektive Betrachtung maßgebend ist oder die subjektive, wird geführt unter Heranziehung der Kategorie des

„Erklärungsbewusstseins.“¹ Demgegenüber kann die subjektive Betrachtung dort gelten, wo der Gesichtspunkt des Verkehrsschutzes, des Erwartungshorizonts der anderen Beteiligten, in den Hintergrund tritt. Deswegen ist bei der Testamentsauslegung als einer nicht empfangsbedürftigen Willenserklärung die subjektive Sicht ausschlaggebend.

Die – auch verfassungsrechtlich geschützte – Privatautonomie kommt zu ihrem Recht durch die Möglichkeit einer Anfechtung wegen Irrtums. Ohne eigenes Zutun soll keine vertragliche Verpflichtung begründet werden. Deswegen erlaubt § 119 Abs. 1 BGB einen Inhalts – und einen Erklärungsirrtum anzufechten. Die subjektive Perspektive ist also insofern maßgebend. Der gebotene Verkehrsschutz wird durch die Pflicht erreicht, gegebenenfalls gemäß § 122 BGB den Vertrauensschaden zu ersetzen. Die Rechtsordnung muss sich also nicht unbedingt zwischen der objektiven und der subjektiven Perspektive entscheiden, sondern kann auch beide zu ihrem relativen Recht kommen lassen. Bei der Anfechtungsmöglichkeit wegen eines Irrtums über eine verkehrswesentliche Eigenschaft nach § 119 Abs. 2 BGB soll die „Verkehrswesentlichkeit“, die objektive Sichtweise betonen, die Diskussion darüber, inwiefern eine solche Vorstellung der Wesentlichkeit bei Vertragsschluss angeklungen sein muss, gilt wieder der Rolle subjektiver Elemente.

Die subjektive und die objektive Betrachtung fallen beim sogenannten Versteck Dissens auseinander. § 155 BGB löst diese Divergenz zu Gunsten der subjektiven Sicht der Vertragspartner auf, soweit die Einigung reicht – es sei denn, über wesentliche Elemente des Vertrages sei keine Einigung erzielt worden. Die privatautonom erzielte Einigung hat also Bestand, insofern sie für sich genommen tragfähig ist.

Das im Hinblick auf Fälle in der Inflationszeit nach dem Ersten Weltkrieg entwickelte Institut des Wegfalls der Geschäftsgrundlage zollt der subjektiven ex ante Sicht beider Vertragspartner Anerkennung. Die zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses geteilten Erwartungen der Vertragsparteien werden rechtserheblich, falls sie später wesentlich enttäuscht werden. § 313 BGB hat dies positiviert. Das spätere „Mehrwissen“ wird für eine Gerechtigkeitserwägung beachtlich, falls ein Festhalten an den alten Vertragsbedingungen unzumutbar ist. Die Unzumutbarkeit wird ihrerseits ex post festgestellt², weil es auf die Auswirkungen des Festhaltens am Vertrag im Zeitpunkt der Beurteilung ankommt.

¹ S. für einen Parallellfall BGHZ 91, 324 ff.

² Palandt/*Grüneberg*, Bürgerliches Gesetzbuch, 77. Aufl. 2018, § 313 Rn. 24.

Mit Risiken behaftete Entscheidungen stehen in der Gefahr, dass ihre spätere Beurteilung an einem Rückschaffehler leidet: wenn sich ex post herausstellt, dass diese Entscheidung zu einem Fehler geführt hat, so besteht die Gefahr, diese Entwicklung als vorhersehbar anzusehen und den Handelnden für einstandspflichtig zu erklären. Hiergegen hat die (amerikanische) Dogmatik die sogenannte Business Judgement Rule entwickelt. Wenn eine Entscheidung mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters getroffen wurde, so führt dies zu keiner Haftung. In der hier verwendeten Terminologie: Der Beurteilung wird eine objektivierte ex ante Sicht zugrunde gelegt. Art. 93 Abs.1 S. 2 AktG Ich hat dies aufgenommen. Diese Beurteilungsform wird dabei über den Bereich der Aktiengesellschaften hinaus angewendet.

Im Regelfall setzt Haftung Verschulden voraus. Für das Zivilrecht dabei anerkannt, dass dem Urteil der Fahrlässigkeit ein objektiver Sorgfaltsmaßstab zugrunde gelegt wird.³ Dies ist keineswegs selbstverständlich, weil die Zurechnung kraft Verschuldens eigentlich eine subjektive Komponente hat.⁴

a) Strafrecht

Im Strafrecht finden sich zahlreiche Beispiele dafür, dass Kontroversen ausgetragen werden, deren Kern darin liegt, welche Perspektive angenommen wird, insbesondere die Wahl zwischen der subjektiven und der objektiven Betrachtung spielt eine Rolle.

So wird diskutiert, ob der Einsatz einer sogenannten Scheinwaffe nach §§ 244 Abs. 1 Nr. 1 b, 250 Abs. 1 Nr. 1 b StGB strafbar ist. Der subjektiven Sicht des Opfers einerseits wird die fehlende objektive Gefährlichkeit andererseits entgegengesetzt.⁵ Die höchstrichterliche Rechtsprechung lässt sich wohl kennzeichnen als Heranziehung einer objektivierten Sicht des Opfers.⁶

Ein Musterbeispiel für die Relevanz der Perspektivenwahl bildet der Erlaubnistatbestandsirrtum. Aus der Sicht des Handelnden liegt eine Rechtfertigungslage vor, die bei objektiver Betrachtung aber nicht be-

³ S. nur Palandt/*Grüneberg*, Bürgerliches Gesetzbuch, 77. Aufl. 2018, § 276 Rn.15.

⁴ S. nur E. *Bucher*, Verschuldensfähigkeit und Verschulden, in: FS für Petrazzini, 1990, S. 289 ff.

⁵ BGH NSTZ 2000, 157.

⁶ BGH NSTZ 2018, 278.

steht. Die sich um diese Konstellation entwickelte Diskussion hat als Kern die Frage, ob die Handlung entgegen der Vorstellung des Akteurs am objektiven Geschehen zu messen ist, damit verbunden ist auch die Frage nach dem Betrachtungszeitpunkt.⁷

Auch bei der strafrechtlichen Behandlung des Versuches wird zwischen einer objektiven, einer subjektiven und einer gemischten Theorie zur Auslegung von § 22 StGB diskutiert. Vom Gesetz wird ein unmittelbares Ansetzen der Tatausführung für die Strafbarkeit des Versuches verlangt. Die objektive Theorie⁸ hebt ab auf diejenigen Handlungselemente, die nach sogenannter natürlicher, also objektiver Auffassung als Elemente der Tatbestandshandlung erscheinen oder die bereits eine objektive Gefährdung des geschützten Rechtsgutes darstellen. Die subjektive Theorie⁹ hebt demgegenüber allein ab auf das Vorstellungsbild des Täters, wir erinnern uns: die Sicht des Akteurs in der Situation. Die gemischt subjektiv-objektive Theorie¹⁰ sieht die Strafbarkeit des Versuches dann als gegeben an, wenn der Täter nach seiner Vorstellung von der Tat (mithin subjektiv) zur Verwirklichung des Tatbestandes auch unmittelbar ansetzt, also objektiv sichtbare Schritte unternimmt.

Ähnlich wird die Diskussion zur Abgrenzung zwischen Täterschaft und Teilnahme geführt. Nach der objektiven Theorie ist für die Täterschaft maßgeblich, wer die tatbestandlichen Ausführungshandlungen selbst vornimmt.¹¹ Nach der subjektiven Theorie ist entscheidend der *animus auctoris*, also, wer die Tat „als eigene will“. Teilnehmer ist man, wenn man lediglich mit *animus socii* tätig wird, also sich selbst nur als Gehilfen sieht oder die Tat eines Fremden veranlassen möchte.¹² In der Tatherrschaftslehre¹³ werden beide Ansätze kombiniert, Tatherrschaft ist hiernach das vom Vorsatz umfasste – subjektiv gewollte – In-den-Händen Halten des tatbestandsmäßigen Geschehensablaufs.

Für die Wahl der subjektiven Perspektive im Strafrecht ist wesentlich

⁷ Dazu etwa A. Nippert/C. Tinkl, JuS 2002, 964.

⁸ G. Spendel, NJW 1965, 1881 (1888/19).

⁹ BGHSt 1, 13, (16).

¹⁰ C. Roxin, Strafrecht AT Bd. II. 2003, § 29.

¹¹ F. Liszt/E. Schmidt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 25. Aufl. 1927, S. 334 f.; R. v. Hippel, Deutsches Strafrecht, Bd. II, 1930, S. 453 ff.

¹² BGHSt 38, 315 (319); 40 299 (300 f.).

¹³ C. Roxin, Strafrecht AT Bd. II. 2003, § 25 Rn. 27 ff.

das Schuldprinzip prägend: nulla poena sine culpa.¹⁴ Die persönliche Vorwerfbarkeit des tatbestandsmäßigen Verhaltens muss auf den Blickwinkel des Täters abheben, um zu klären, ob ihm die Tat wirklich vorgeworfen werden kann.

Was den anderen Gegensatz, ex ante versus ex post, anlangt, so dominiert im Strafrecht wohl die ex ante Betrachtung. Wenn es um die Steuerung des Handelns geht, so ist auf den Zeitpunkt des Handelns abzuheben. Dies kommt auch im Gebot der vorgängigen tatbestandlichen Fixiertheit der Strafbarkeit nach Art. 103 Abs. 2 GG zum Ausdruck. Die Feststellung der Kausalität nach der Äquivalenzformel nimmt demgegenüber die ex post Betrachtung ein. Sie wird allerdings durch das Äquivalenzkonzept der Kausalität korrigiert, nach welchem welcher ein Ursachenzusammenhang, der gänzlich unwahrscheinlich ist, nicht zugerechnet wird. Was man im Vorhinein nicht erkennen konnte, dafür muss man nicht einstehen. Die sogenannte objektive Zurechnung urteilt also vom Standpunkt ex ante aus.

b) Öffentliches Recht

Die bekannteste Perspektivenproblematik im öffentlichen Recht ist wohl die bereits anfänglich genannte polizeilichen Gefahr. Eine wirksame Gefahrenabwehr ist nur möglich, wenn für die Rechtmäßigkeit des Vorgehens der Polizei auf deren Sicht zum Zeitpunkt des Handelns abgehoben wird. Dies wird allerdings – wie bereits gezeigt – objektivierend eingeschränkt durch die Heranziehung der Figur eines fähigen, sachkundigen und besonnenen Beamten.¹⁵

Die Einsicht, dass Handlungen aus dem Horizont des Handelnden zum Zeitpunkt des Handelns gesteuert werden und deswegen eine angemessene Beurteilung auf diese Perspektive abheben muss, findet sich in verschiedener Form im öffentlichen Recht.

Für die Tätigkeit des Gesetzgebers hat das Bundesverfassungsgericht deswegen unterschiedliche Intensitätsstufen der verfassungsgerichtlichen Kontrolle des Gesetzgebers entwickelt.¹⁶ Insbesondere bei Prognoseentscheidungen wird dem Gesetzgeber ein Spielraum, eine „Einschätzungs-

¹⁴ Dieser Grundsatz hat den Rang eines Verfassungsrechtssatzes, BVerfGE 20, 323 (331); 57, 250 (275); 95, 96 (140); 133, 168 (197 f), std. Rechtsprechung.

¹⁵ S. oben Fn. 22.

¹⁶ BVerfGE 50, 290 (333); siehe weiter etwa 106, 62 (150 ff.)

prärogative“ zugesprochen.¹⁷ Gleiches wird auch den Verfassungsorganen und dem Handeln der Exekutive zugestanden; so hat etwa der Bundespräsident bei seiner Entscheidung nach Art. 68 GG die Einschätzungs- und Beurteilungskompetenz des Bundeskanzlers bei der Stellung des Antrags nach dieser Bestimmung zu beachten.¹⁸ Entsprechend wird auch die verfassungsgerichtliche Überprüfungsintensität zurückgenommen.¹⁹ Gegenüber dem Gesetzgeber, aber auch der Exekutive, sind bei der Erfüllung grundrechtlicher Schutzpflichten ebenfalls Begrenzungen der gerichtlichen Kontrolle anerkannt.²⁰ Zum Schutz der Eigenständigkeit der zuständigen staatlichen Organe und der ihnen zukommenden Beurteilungs- und Wertungsspielräume darf die gerichtliche Kontrolle nicht ihre – spätere – Sicht an diejenige des zur Primärhandlung berufenen Akteurs setzen. Auch die Figur des „Kernbereichs der Exekutive“,“²¹ welche das Untersuchungsrecht des Parlaments auf abgeschlossene Vorgänge beschränkt, dient der unbeeinflussten Willensbildung der zuständigen Regierung.

Dem Schutz der rationalen Handlungsmöglichkeiten gemäß der jeweiligen Wahrnehmung der Situation dient auch das rechtsstaatliche Rückwirkungsverbot und der Vertrauensschutz. Belastende rückwirkende Gesetze sind deswegen regelmäßig unzulässig.²²

Auch die bekannten Ausnahmen vom Rückwirkungsverbot sind zu deuten als Maßgeblichkeit der Perspektive ex ante, also etwa in dem Fall, dass mit der neuen Regelung gerechnet werden musste oder wenn eine Norm aus formalen Gründen unwirksam war, aber mit nämlichem Inhalt neu erlassen wird.²³

Ein interessantes Beispiel für die Unterscheidung der Betrachtung ex ante und ex post bietet die Wahlrechtsgleichheit. Diese verlangt die Gleichheit des Zählwertes für jede Stimme. Die Erfolgswertgleichheit, also die mandatsverschaffende Kraft, bedeutet, dass für die Zusammensetzung des Parlamentes jede Stimme gleich wirksam sein muss. Dies ist eine Fest-

¹⁷ BVerfGE 50, 290 (333); 62 1 (50); 71, 206 (215); 77, 84 (106).

¹⁸ BVerfGE 62,1 (50).

¹⁹ BVerfGE 62,1 (51).

²⁰ BVerfGE 66, 39 (59); 77, 170 (219).

²¹ BVerfGE 67,100 (139); zuletzt 124, 78 (120 f.).

²² BVerfGE 63, 343 (356 f.).

²³ Dazu mit Nachweisen *M. Morlok/L. Michael*, Staatsorganisationsrecht, 4. Aufl. 2019, Rn. 367 ff.

stellung ex post. Bei der Mehrheitswahl setzen sich nur diejenigen Stimmen in Mandate um, die für den je im Wahlkreis obsiegenden Kandidaten abgegeben wurden, die anderen Stimmen haben keinen Erfolgswert. Zur Rechtfertigung der Verfassungsmäßigkeit eines Mehrheitswahlsystems zieht das Bundesverfassungsgericht deswegen nur die Zählwertgleichheit als Kontrollmaßstab heran.²⁴

Das Verwaltungsverfahrenrecht kennt interessante Heranziehungsweisen der Maßgeblichkeit der Sicht oder gar des Handelns ex post. § 45 VwVfG erlaubt die Nachholung von für die Rechtmäßigkeit eines Verwaltungsaktes notwendigen Elementen und ermöglicht dadurch die Heilung von Form- und Verfahrensfehlern. Ob diese Ersetzung der Vornahme einer Handlung zum ursprünglichen Zeitpunkt durch ihre Nachholung gleich wirksam ist, steht durchaus im Streit, in diesem geht es um die Äquivalenz des Handelns ex ante oder ex post. Zumal bei einer erforderlichen Anhörung ist die Beeinflussbarkeit der Entscheidung durch Nachholung zu bezweifeln.²⁵ Die Unbeachtlichkeit von Form- und Verfahrensfehlern nach § 46 VwVfG ersetzt die Maßgeblichkeit der Beurteilung zum Zeitpunkt des Erlasses eines Verwaltungsaktes durch die Betrachtung ex post. Die Diskussion um den Anwendungsbereich dieser Vorschrift dreht sich letztlich um die Bedeutung der Handlungssituation mit all ihren Implikationen für die Möglichkeit einer anderen Entscheidung.²⁶

Während in den genannten Beispielen das Gesetz, die Rechtsprechung und/oder die Dogmatik eine gewisse Präferenz für die Wahl einer Perspektive zeigen, gibt es auch ein weites Spektrum von Fällen, in denen ungeklärt ist oder höchst kontrovers diskutiert wird, welche Sichtweise einzunehmen ist.

72 Abs. 3 Nr. 1 L PVG NW formulierte: „Der Personalrat... hat mitzubestimmen bei der Einführung und Anwendung technischer Einrichtungen, die dazu bestimmt sind, das Verhalten oder die Leistung der Beschäftigten zu überwachen.“

Kontrovers diskutiert wird, wie die Formulierung „die dazu bestimmt sind“ zu verstehen ist. Geht es allein um die objektive Geeignetheit der technischen Einrichtungen oder spielt die Motivation des Arbeitgebers

²⁴ BVerfGE 95, 335 (353). Zur Kritik hieran *M. Morlok*, in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. II, 3. Aufl. 2015, Art. 38 Rn. 102 m.w.Nw.

²⁵ Dazu BVerwG 137 (199); zum Problem der Heilung *M. Morlok*, Die Folgen von Verfahrensfehlern am Beispiel von kommunalen Satzungen, 1988, S. 147 ff.

²⁶ Dazu *M. Morlok*, Verfahrensfehler (Fn. 45) S. 179 ff.

eine Rolle, geht es um die rein technische Tauglichkeit oder kommt es auf die subjektiv-finale Motivation an? Zum anderen ist zu klären, ob es auf den Zeitpunkt der Einführung der technischen Installation ankommt oder auf einen späteren Zeitpunkt, zudem eine ursprünglich zu anderen Zwecken installierte Vorrichtung jetzt auch für die Überwachung eingesetzt wird. Als Beispiel mag man daran denken, dass ein Betrieb, etwa ein städtischer Bauhof, Überwachungskameras aufstellt, um Diebstähle von außen her zu bekämpfen. Möglicherweise kommt später aber auch die Idee auf, die Mitarbeiter damit zu kontrollieren. Diese Frage ist im Personalvertretungsrecht wie für entsprechende Normen im Betriebsverfassungsrecht umstritten; der Streit hat auch dazu geführt, dass der Wortlaut der einschlägigen Bestimmungen geändert wurde, sodass die ursprüngliche Formulierung „bestimmt“ geändert wurde in „geeignet“ und später wieder in die ursprüngliche Fassung gebracht wurde. Nach aktueller Rechtslage greift die Mitbestimmungspflichtigkeit bei „Einführung, Erweiterung technischer Einrichtungen, es sei denn, dass deren Eignung zur Überwachung des Verhaltens oder der Leistungen der Beschäftigten ausgeschlossen ist.“

Der Gesetzgeber hat, nach widersprüchlichen Gesetz Entscheidungen, jetzt den Versuch einer möglichst eindeutigen und weitreichenden Regelung unternommen.

Das Beihilfenregime des Unionsrechts soll sicherstellen, dass im gemeinsamen Markt der Wettbewerb zwischen den Mitgliedsstaaten nicht durch staatlich gewährte Mittel beeinträchtigt wird. Solche sind deswegen meldepflichtig und genehmigungsbedürftig, s. Art. 107 ff. AEUV. Die Vorfrage für die Anwendbarkeit des europäischen Beihilferechts ist aber, ob der Staat tatsächlich eine Beihilfe gegeben hat, oder ob er nicht vielmehr sich wie ein sonstiger privater Akteur am Markt verhalten hat. Auch staatliche Instanzen dürfen bekanntlich als Marktteilnehmer wie andere auch agieren. Es kommt also darauf an, ob der Staat sich wie ein „marktwirtschaftlich handelnder privater Investor“ verhalten hat.²⁷ Wie dieser sogenannte „Privat Investor Test“ zu verstehen ist, wird kontrovers diskutiert. Kommt es auf die Motivation des staatlichen Handelns an oder ist eine rein objektive Betrachtung der Wirkung der staatlichen Investitionen geboten? Weiter ist zu klären, welches der maßgebliche Zeitpunkt für die Beurteilung der staatlichen Investitionen ist. Kommt es auf die ex ante Sicht an oder darauf, was sich nach Durchführung der Maßnahme

²⁷ So die Formulierung des EuGH, Urt. V.21.1.1999, T-129/95, die – 97/96, Rn. 203.

herausgestellt hat? Die Behandlung dieser Frage in Rechtsprechung und Literatur²⁸ soll hier nicht weiter interessieren, es geht allein um die Illustration, dass schwierige Rechtsfragen in den hier diskutierten Perspektiven zu erörtern sind.

Ein letztes Beispiel gilt der Abgrenzung von Gemeingebrauch und erlaubnispflichtiger Sondernutzung an Straßen. Zentral hierfür ist, zu welchem Zwecke am Straßenverkehr teilgenommen wird.²⁹ Bei Werbefahrten oder beim Betrieb eines „Bier-Bikes“ oder bei den Kamerafahrten von Google zur Erstellung von Straßenansichten stellt sich diese Frage. In Rechtsprechung und Literatur wird hier erörtert, ob eine rein objektive Betrachtung angezeigt ist oder ob es auf die subjektive Motivation des Verkehrsteilnehmers ankommt.³⁰

3) Rechtsgebietsübergreifende Aspekte

Die Beispiele aus den verschiedenen Rechtsgebieten zeigen, dass die Wahl der angemessenen Perspektive ein Problem ist, das sich durch die ganze Rechtsordnung zieht. Demgemäß finden sich auch Fragestellungen bei Themen, die in allen Rechtsgebieten diskutiert werden.

Besonders augenfällig ist die Frage des Betrachtungsstandpunktes bei allen handlungstheoretischen Fragen, also wenn es um Vorsatz oder Fahrlässigkeit geht oder auch, wenn die Rechtsfolgen eines Irrtums des Handelnden bestimmt werden sollen.

Auslegungsfragen stellen ein weiteres Anwendungsfeld dar. Neben der erwähnten Auslegung von Willenserklärungen wird auch die Auslegung von Rechtsnormen lebhaft in der Alternative objektiv/subjektiv diskutiert. Rechtstexte sind menschliche Artefakte und können damit in allen Varianten des Vier-Felder-Schemas betrachtet werden. Einerseits wird vertreten, es solle bei der Auslegung auf den seinerzeitigen (subjektiven) Willen des Gesetzgebers ankommen oder aber geht es darum, den „objektiven Willen“ des Gesetzes zu ermitteln. Der tatsächliche Wille des seinerzeitigen Gesetzgebers kann historisierend und damit relativierend

²⁸ S. nur L. Giesberts/TH. Streit, EuZW 2009, 484 ff.

²⁹ S. etwa § 7 Abs. 1 S. 1 FstrG: „Kein Gemeingebrauch liegt vor, wenn jemand die Straße nicht vorwiegend zum Verkehr, sondern zu anderen Zwecken benutzt“.

³⁰ In diese Richtung etwa BayObLG NJW 1966, 846 (847); BVerwGE 40, 371 (383). Für eine Diskussion und weitere Nachweise M.Jüngel/A. Fandrey, NVwZ2010, 683ff.

in Bezug zum damaligen Kontext gesetzt werden, so dass die Situation der Gesetzgebung ein objektivierendes Element wird. Die Auslegung vom Blickpunkt ex ante kann mithin subjektiv oder objektiv erfolgen.³¹

Die „objektive“ Auslegung³² muss sich bewusst machen, dass sie stark vom subjektiven Verständnis des Interpreten geprägt ist, das gilt zumal für die teleologische Auslegung, weil Zwecke immer subjektive Setzungen sind.

Die Behauptung, eine Norm verfolge einen bestimmten Zweck, ist deswegen angreifbar und muss begründet werden.³³ Die teleologische Auslegung erweist sich damit als eine aus einer subjektiven ex post Sicht.

Wendet man unser Schema auf die sogenannten vier Auslegungsmethoden an, so ist die Wortlautauslegung der objektiven ex ante Perspektive zuzuordnen, die Orientierung am Willen des Gesetzgebers erfolgt aus subjektiven ex ante Sicht, die teleologische Auslegung kann als subjektive ex post Betrachtung gedeutet werden und die systematische Auslegung als eine objektive ex post Deutung angesehen werden.

Damit soll nicht behauptet werden, die vier Auslegungsmethoden seien auf die vier Perspektiven zu reduzieren, wohl aber, dass es hilfreich ist, sich klarzumachen, welche Perspektive mit den einzelnen Auslegungsmethoden in den Blick genommen wird. Die Qualifizierung etwa der teleologischen Auslegung als eine subjektive bringt insofern Gewinn, als damit demjenigen, der eine Behauptung über den Zweck einer Norm aufstellt, eine Argumentationslast auferlegt wird. Dass unser Deutungsschema vier Perspektiven kennt und die herkömmlichen Auslegungsmethoden auch in der Vierzahl auftreten, ist Zufall. Wer fünf oder sieben Auslegungsmethoden propagiert, kann gleichwohl das vorgeschlagene Schema heranziehen, um sich klarzumachen, welche Aspekte die einzelnen Methoden integrieren und welche sie ausblenden. So ist etwa für die ex post Betrachtung festzuhalten, dass sie aus einer Position des „Mehrwissens“ argumentieren kann, die es erlaubt, den Text in anderen Horizonten zu verstehen als in denjenigen, in denen er geschrieben wurde.

Die zeitliche Distanz eröffnet dadurch produktive Möglichkeiten des

³¹ Vgl. dazu *M. Morlok*, Die vier Auslegungsmethoden, was sonst? In: G. Gabriel/R. Gröschner (Hrsg.), *Subsumtion*, 2012, S.179 (196 ff.)

³² Dazu nur *K. Larenz/C.W. Canaris*, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3. Aufl. 1995, S.153 ff.

³³ *M. Morlok*, *Auslegungsmethoden* (Fn.51), S.201 ff.

Verstehens.³⁴

Die zeitliche Dimension rückt auch in den Vordergrund bei der Frage nach dem Zeitpunkt, welcher der gerichtlichen Entscheidung zugrunde zu legen ist. Die Sachlage wie die Rechtslage können sich gegenüber der ursprünglichen Verwaltungsentscheidung geändert haben.³⁵ Bei der Wirkung von Gerichtsentscheidungen geht es um die Alternative *ex tunc/ex nunc*.

Die Divergenz zwischen einer Betrachtung *ex ante* und einer *ex post* wird auch behandelt in der Entgegensetzung der Verwendung einer Norm als „Handlungsnorm“ zu oder als „Kontrollnorm.“³⁶ Als Handlungsnorm dient sie dem Akteur als verbindliche Richtlinie für die Steuerung seines Handelns, als Kontrollnorm wird sie an die vollzogene Handlung zur Beurteilung ihrer Rechtmäßigkeit angelegt. Diese Unterscheidung betont, dass die Kontrolle reduziert werden kann, dass die rechtliche Bindung bei der Kontrolle nicht extensiv gehandhabt werden muss, weil die Besonderheiten des Handelns in einer bestimmten Lage mit ihren Restriktionen anerkannt werden. Der Handelnde wird also geschützt in seiner funktionalen Zuständigkeit und in seiner Entscheidungsfreudigkeit. „Im Zweifel hat der Handelnde vor dem Kontrollierenden Recht, und das hat seinen guten Sinn.“³⁷ Dieser Umgang mit Handlungssituationen ist uns bei den konkreten Beispielen bereits begegnet bei der polizeilichen Gefahr und dem Einschätzung Spielraum des Gesetzgebers. Sie betrifft eine allgemeine Problematik bei der Beurteilung von Handlungen.

Schließlich kann die Entgegensetzung von *ex ante* und *ex post* auch für die Feststellung der Rechtswidrigkeit eine Rolle spielen. Das Urteil der Rechtswidrigkeit kann sich auf das menschliche Verhalten beziehen oder auf die daraus resultierenden Folgen, man spricht insoweit von „Hand-

³⁴ Dazu *H.-D. Gadamer*, Wahrheit (Fn.15), S. 301 ff.

³⁵ Zu dieser Problematik etwa *U. Mager*, Der maßgebliche Zeitpunkt für die Beurteilung der Rechtswidrigkeit von Verwaltungsakten, 1994; *W.-R.Schenke*, Die materiell-rechtliche Bedeutung einer nachträglichen Veränderung der Sach-oder Rechtslage bei belastenden Verwaltungsakten mit Dauerwirkung, in: Festschrift Hufen, 2015, S. 521 ff.; *ders.* Verwaltungsprozessrecht, 15. Aufl. 2017, S. 271 ff.; *F. Hufen*, Verwaltungsprozessrecht, 10. Aufl. 2016, S. 402 ff.

³⁶ Diese Unterscheidung geht auf *J. Goldtschmidt*, Der Prozess als Rechtslage, 1925, S. 227 ff. zurück. Entfaltet hat sie *E. Forsthoff*, Über Maßnahme-Gesetze, in: Gedächtnisschrift für W. Jelinek, 1955, S. 221 (232 f.). Aus der Sicht der Rechtstheorie *J.Raz*, On the Function of Law, in: A. W. B. Simpson (ed.), Oxford Essays in Jurisprudence, 1973, 278 (281).

³⁷ *Forsthoff*, Maßnahme-Gesetze (Fn. 56), S. 232.

lungsunrecht“ oder „Erfolgsunrecht.“³⁸ Insbesondere bei nicht vorhersehbaren Beeinträchtigungen wird es schwierig, das haftungsauslösende Rechtswidrigkeitsurteil am Handeln festzumachen. Damit wird deutlich, dass auch der Zeitpunkt der Betrachtung über die Rechtswidrigkeit entscheiden kann. So etwa in einem Fall, in dem die Verurteilung zu einer Haftstrafe die Umstände, welche die Rechtswidrigkeit begründeten, erst ex post zutage traten.³⁹

IV. Anwendungspraktiken

Im Folgenden soll gezeigt werden, wie die Rechtswissenschaft und die Rechtspraxis mit den vier Betrachtungsmöglichkeiten umgehen.

1) Mehrzahl der Perspektiven

Ein Grundproblem der Rechtswissenschaft wie erst recht der Rechtspraxis ist die relative Unterdeterminierung der Fallentscheidung durch das positive Recht. Der Gesetzgeber kann nicht alle möglichen künftigen Konstellationen vorhergesehen, welche im gesellschaftlichen Prozess entstehen können. Dieser zentralen Herausforderung ist die Jurisprudenz seit alters mit einem Instrumentarium zur vernünftigen Lösung nicht vorhergesehener Fälle begegnet. Dazu zählen die Entgegensetzung von Wortlaut (*verba*) und Sinn und Zweck einer Norm (*mens, ratio*),⁴⁰ die verschiedenen Formen der ausweitenden Interpretation,⁴¹ verschiedene Interpretations- und Argumentationslehren einschließlich der Topik, ein wissenschaftliches System des Rechts,⁴² dem Antworten auf neue Fragen entnommen werden können sollen, nicht zuletzt auf höherem Abstraktionsniveau for-

³⁸ Für das Staatshaftungsrecht siehe *M. Morlok*, Allgemeine Elemente der Einstandspflicht für rechtswidriges Staatshandeln, in: *W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle* (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. III, 2. Aufl. 2012 § § 52 Rn. 29 ff. m. w. Nw.

³⁹ BGHZ 57, 33 (42 f.) für eine Haftung gemäß Art. 5 Abs. 5 EMRK. Dazu *M. Morlok*, *Elemente* (Fn. 58) Rn. 32.

⁴⁰ Für das 16. Und 17. Jahrhundert siehe die Darstellung bei *J. Schröder*, *Recht als Wissenschaft*, 2001, S. 56 ff.

⁴¹ *Schröder*, *Recht* (Fn. 60), S. 65 ff.

⁴² *Schröder*, *Recht*. (Fn. 60), S. 244 ff.

mulierten Rechtsprinzipien,⁴³ die dann auf den konkreten Fall hin konkretisiert werden können. Dieser Fundus an Möglichkeiten ist typischerweise nicht klar nach Präferenzen geordnet, so dass mit Auswahlfreiheit in diesen Instrumentenkasten gegriffen werden kann.

Diese Wahlmöglichkeiten eröffnen also Freiheiten, geben Spielraum, um nach einer Möglichkeit zu zugreifen, die dem zu entscheidenden Fall gerecht wird. Jede textgebundene praktische Disziplin kennt deswegen mehrere Instrumente, arbeitet mit Uneindeutigkeiten, um den Kasualien angemessen begegnen zu können. So kennt die Theologie die Lehre vom vierfachen Sinn der Schrift,⁴⁴ so arbeiten die Juristen mit den klassischen vier Auslegungsmethoden, die bekanntlich in keiner festen Rangfolge stehen. In gleicher Weise ist auch die Möglichkeit zu verstehen, sich ein historisches Geschehen oder einen Text von einem der vier Blickpunkte aus anzusehen. Die vier Perspektiven begründen eine Qual der Wahl, aber schaffen auch die notwendige Flexibilität für den Rechtsanwender.

2) Bindung und Freiheit in der Perspektivenwahl

Wenn grundsätzlich immer vier Perspektiven zur Wahl stehen, so gibt das Freiheiten, verlangt aber auch eine Auswahlentscheidung. Diese Last hat der Entscheider freilich nicht immer zu schultern. Oft ist für den Rechtsanwender schon entschieden, welcher Blickwinkel maßgeblich ist, dies kann geschehen durch Gesetz (a), durch dogmatische Festlegungen (b), jenseits solcher Festlegungen hat der Interpret dann die Aufgabe und die Möglichkeit, sich zwischen den verschiedenen Betrachtungsweisen zu entscheiden (c). Dabei ist die Grenze zwischen einer dogmatischen Festlegung und der freien Wählbarkeit durchaus fließend.

a) Gesetzliche Festlegung auf eine der Perspektiven

In vielen Fällen hat das Gesetz schon bestimmt, dass von Rechts wegen eine bestimmte Betrachtungsposition einzunehmen ist.

Ein augenscheinlicher Fall der gesetzlichen Anordnung der Beacht-

⁴³ Hinzuweisen ist etwa auf *J. Esser*, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 4. Aufl. 1990; *R. Dworkin*, Bürgerrechte ernstgenommen, 1984; *R. Alexy*, Theorie der Grundrechte, 1985; s. bereits ders., Zum Begriff des Rechtsprinzips, in: Rechtstheorie, Beiheft 1 (1979), 59 ff.

⁴⁴ Zur reformatorischen Distanzierung davon in der Entwicklung der Hermeneutik *Gadamer*, Wahrheit (Fn. 54), S. 177 ff.

lichkeit einer bestimmten Perspektive ist die rechtliche Erheblichkeit des *Irrtums*. Wenn die Vorstellung, die sich ein Individuum zum Zeitpunkt seiner Handlung gemacht hat, mit der objektiven Wirklichkeit nicht übereinstimmt (und wenn dies später auffällt), so erklärt das Recht in vielen Fällen die subjektive Betrachtung *ex ante* für erheblich. Besonders instruktiv ist die Möglichkeit der Anfechtung von Willenserklärungen wegen Irrtums nach § 119 BGB. Durch die Anfechtung wird die subjektive Sicht *ex ante* rechtserheblich. Dies beeinträchtigt allerdings den Schutz der Erwartungen des Gegenübers. Deswegen hat das BGB in einem austarierten System die Möglichkeit zur Irrtumsanfechtung kombiniert mit der Verpflichtung zum Ersatz des Vertrauensschadens nach § 122 BGB, aber auch nur des Vertrauensschadens. So wird die subjektive Sicht *ex ante* zur Gewährleistung der Selbstbestimmung des Einzelnen geschützt und zugleich den seinerzeitigen objektiven Erwartungen der Geschäftspartner Genüge getan. Darüber hinaus wurde für den Irrtum durch gesetzliche Regelungen (s. bes. §§16 und 17 StGB) und durch dogmatische Figuren ein kunstvolles Gebäude für Tatbestands- und Rechtswidrigkeitsirrtümern erbaut.

Andere Beispiele, in denen das Gesetz sich für eine Perspektive entschieden hat, bilden die *Heilung* und die *Präklusion*. Bei ersterer wird die Betrachtung *ex post* zugelassen, bei letzterer wird strikt ein Zeitpunkt *ex ante* fixiert und spätere Nachholmöglichkeiten eines Versäumnisses werden abgeschnitten. Dies muss nicht immer der Fall sein. Das Institut der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand versetzt zurück in eine *ex ante* Situation, und zwar zu einem Zeitpunkt *ex post*, zudem ersichtlich ist, dass *ex ante* etwas versäumt worden war. Auch das Verfahren der Wiederaufnahme dient dazu, eine rechtskräftig abgeschlossene Sache noch einmal wie von Anfang an zu betrachten, das Rad der Zeit also zu drehen auf „zurück auf Anfang“. Eine spätere „bessere“ Einsicht, mithin die subjektive *ex post* Betrachtung, wird im Konsumentenrecht geschützt, so bei Haustürgeschäften nach § 312 BGB oder bei Fernabsatzverträgen nach § 312 BGB, jeweils in Verbindung mit § 155 BGB.

Den immer letzten Standpunkt *ex post* einzunehmen, begründet die Verpflichtung auf den „Stand der Technik“, so in §§ 5 Abs.1 S.1 Nr. 2, 22 Abs.1 S. 1 Nr. 1 und 2, 41 Abs. 1 BImSchG.⁴⁵ Damit wird eine ständige

⁴⁵ S. auch § 38 Abs. 2 S.2 BImSchG: „Berücksichtigung der technischen Entwicklung“; ähnlich der „Stand von Wissenschaft und Technik“, z. B. § 6 Abs. 2 Nr. 1 AtomG, ein Stand, der in § 7d AtomG gar als „fortschreitend“ bezeichnet wird.

Pflicht zur Dynamisierung begründet.

Wenn das Gesetz selbst sich zu einem bestimmten Standpunkt bekennt, so ist uns die Vier-Felder-Tafel gleichwohl nützlich zur Deutung der Regelung, es kann hilfreich sein, sich klarzumachen, welchen der vier möglichen Standpunkte das Gesetz wählt.

b) Dogmatische Entscheidung für eine bestimmte Perspektive

Wenn das Gesetz mehrere Betrachtungsmöglichkeiten offenlässt, so wird oft die Entscheidung zwischen den Betrachtungsmöglichkeiten von der Dogmatik empfohlen.

Dass für die polizeiliche Situation einer Gefahr eine objektivierte ex ante Sicht einzunehmen ist, ist das Musterbeispiel hierfür. Im Zeitpunkt und der Situation des Handelns, gar unter Zeitdruck, sind nicht alle Informationen verfügbar oder zu verarbeiten. Auch ist die künftige Entwicklung nicht selten ungewiss. Würde man für die rechtliche Einordnung der Korrektheit des Handelns die Sicht eines objektiven ex post-Betrachters wählen, so würde dem Handelnden oft Unrecht getan. Die objektive ex post Beurteilung hätte etwa zur Konsequenz, dass die zur Handlung berufenen Akteure aus Furcht vor einer Fehlentscheidung gar nicht handeln und damit nicht selten Schlimmeres bewirken als eine nicht vollständig informierte Entscheidung mit ihren Konsequenzen zu treffen. Für Handlungssituationen akzeptiert man deswegen in verschiedenen Konstellationen die subjektive oder gegebenenfalls auch objektivierte Sicht ex ante. Ein Beispiel hierfür bildet der anerkannte Maßstab für das Verschulden bei der Amtshaftung nach § 839 Abs.1 S. 1 BGB. Weil der Rechtsstaat gemäß Art. 20 Abs. 3 GG sich unbedingt an das Recht halten muss, also verschuldensunabhängig verpflichtet ist, passt eine verschuldensabhängige Haftung für Rechtsverletzungen nicht.⁴⁶ Deswegen wird als Verschuldensmaßstab der sogenannte pflichtgetreue Durchschnittsbeamte⁴⁷ herangezogen.

Diese Orientierung an der seinerzeitigen Handlungssituation wird in verschiedenen dogmatischen Begriffen fixiert, so etwa in den Kategorien der „Prognoseentscheidung“, der „Einschätzung-, Bewertungs- und Prognosespielräume“ oder auch der „Planungsentscheidung“. Typisch hierfür

⁴⁶ S. nur *M. Morlok*, Allgemeine Elemente der Einstandspflicht für rechtswidriges Staatshandeln, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Herausgeber), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. III, 2. Aufl. 2013, § 52 Rn.62 ff.

⁴⁷ RGZ 156, 34 (51); BGHZ 2, 209 (214); 22, 258 (263); ähnlich bei einer vertretbaren Rechtsansicht nach sorgfältiger Prüfung, BGHZ 119,365 (369); 130, 332. (337f.).

sind objektivierende Eingrenzungen durch (erfüllbare) Informationspflichten der Entscheider; die Fehlerträchtigkeit der ex ante-Sicht wird nicht selten versucht abzufangen durch Beobachtungs- und Nachbesserungspflichten, so besonders beim Gesetzgeber. Ähnliche Bedeutung kommt der Kategorie „Risikoentscheidung“ zu. Die „Business Judgement Rule“ hatten wir oben als Beispiel hierfür kennengelernt. Auch die anerkanntermaßen lediglich „kursorische“ Prüfung bei Entscheidungen im einstweiligen Rechtsschutz nimmt eine ex ante eben zwangsläufig begrenzte Informationsverarbeitung im Beschleunigungsinteresse hin. Zum Ausgleich sind Entscheidungen im einstweiligen Rechtsschutzverfahren deswegen besonders leicht zu korrigieren, s. etwa § 80 Abs. 5-8 VwGO.

c) Freie Wahl des Rechtsanwenders

Trotz dogmatischer Vorarbeit gibt es unvermeidlicherweise immer wieder Fälle, in denen der Interpret sich zwischen den Betrachtungsmöglichkeiten zu entscheiden hat. Dies gilt sowohl bei der Beurteilung der in Rede stehenden Handlung als auch für das Verständnis der einschlägigen Rechtsnormen. Kommt es für die finanzielle Beteiligung des Staates an einem Unternehmen unter Gesichtspunkten des unionsrechtlichen Beihilferechts auf die objektive oder die subjektive Sicht an? Welche Betrachtung ist angezeigt bei der Installation einer technischen Anlage, die auch zur Überwachung der Mitarbeiter einsetzbar ist? (s. dazu oben.III.2.c). Sowohl die Wahl zwischen einem der Gegensatzpaare (subjektiv oder objektiv bei der sogenannten Scheinwaffe, ex ante oder ex post bei der Beurteilung von Handlungen und deren Resultaten) als auch die Auswahl unter allen vier Perspektiven kann nötig werden.

Die Implikationen der verschiedenen Blickwinkel bilden dabei die maßgeblichen Gesichtspunkte. So wird, wie gezeigt, eine Kontrollinstanz den Gesichtspunkt des begrenzten Horizonts in der Handlungssituation und denjenigen der Beibehaltung der Handlungsbereitschaft würdigen und der ex ante Sicht zuneigen. Wenn es um die Belastung eines Bürgers geht, so wird die subjektive Sicht gewählt, weil der Einzelne am besten über seine Präferenzen Bescheid weiß⁴⁸ und deren Schutz auch grundrechtlich gedeckt ist, sind Belastungen aus der Perspektive des Betroffenen zu ermitteln. Die Belastungsintensität spielt auch im Rahmen von Abwägungen gemäß dem sogenannten Abwägungsgesetz⁴⁹ eine aus-

⁴⁸ M. Morlok, Selbstverständnis als Rechtskriterium, 1993, S. 262 und öfter.

⁴⁹ R. Alexy, Theorie der Grundrechte, 1986, S.146: „Je höher der Grad der Nichterfüllung

schlaggebende Rolle. Weil die Freiheitsrechte nicht irgend eine, sondern für ihren Inhaber belangvolle Freiheit gewährleisten sollen, ist für die Ermittlung des Schutzbereiches das Selbstverständnis der Träger der Freiheitsrechte heranzuziehen.⁵⁰ Beide Einsichten mögen auch als dogmatisch vorgeprägt gelten.

Im Zusammenhang dieses Zeitschriftenheftes ist nur kurz auf *nachträgliche ex ante Urteile* hinzuweisen. Dabei geht es genauer gesagt um die nachträgliche Rekonstruktion einer ex ante Sicht. Gerichte handeln zwangsläufig zu einem späteren Zeitpunkt als demjenigen der zu beurteilenden Handlung. Die nachträgliche Bewertung des damaligen Handlungshorizontes, zumal durch andere, ist hochgradig fehlerbelastet: Rückschaufehler. Das Bewusstsein der Perspektivenwahl sollte die Gefahr dieser Fehler reduzieren. Die Rekonstruktion einer ex ante Sicht, zumal der subjektiven, ist eine höchst riskantes Geschäft, mit dem das Strafrecht immer befasst ist.

Bei der Perspektivenwahl geht es letztlich darum, diese begründet zu treffen. Das meint zum einen von einem einleuchtenden Ergebnis her, welches man mit der einen oder der anderen Sichtweise erreichen kann, zum anderen geht es um die Konsequenzen, die mit den verschiedenen Betrachtungsweisen verknüpft ist. Es geht also etwa um den Schutz der Autonomie des Einzelnen, um die Beförderung der Entscheidungsfreudigkeit, um den Schutz der objektiven Rechtslage oder der Verkehrsinteressen. Die Heranziehung der verschiedenen Perspektiven dient unterschiedlichen Funktionen.

V. Ergebnisse und Erträge

Was ist mit der Vergegenwärtigung der immer möglichen Betrachtungsweisen gewonnen? Wesentlich ist die Mehrzahl der möglichen Betrachtungsweisen. Die *Multiperspektivität* eröffnet dem Rechtsanwender einen Entscheidungsspielraum. Die unterschiedlichen Blickwinkel können zu unterschiedlichen Ergebnissen führen, die Entscheidungsfreiheit erlaubt also, nach einem Ergebnis für den jeweiligen Fall zu suchen, das für diesen „passt“, das diesen einem befriedigenden Ergebnis zuführt.

oder Beeinträchtigung des einen Prinzips ist, umso größer muss die Wichtigkeit der Erfüllung des anderen sein.“

⁵⁰ M. Morlok, Selbstverständnis (Fn.68), S. 393 ff.

Die Mehrzahl der Perspektiven begründet zugleich auch den Zwang, sich für eine – und damit gegen eine andere – Perspektive zu entscheiden. Das Bewusstsein der vier möglichen Blickwinkel relativiert jede dieser Perspektiven und lässt nach Alternativen zu eingespielten Routinen, zu dogmatisierten Vorgehensweisen suchen. Unser Schema stellt jedenfalls ein Anreicherungs-potenzial bereit. Wenn ein bestimmter Standpunkt der Betrachtung gewählt werden muss, so ist die Entscheidung zu begründen: Warum sollte eine bestimmte Betrachtungsweise gewählt werden?

Damit rücken die Vorzüge und Nachteile der vier Betrachtungsmöglichkeiten in den Blickpunkt. Es geht also um die Herausarbeitung des Propriums der verschiedenen Sichtweisen. Für bestimmte Funktionen empfehlen sich je andere Perspektiven. Weil das Recht verschiedene Funktionen zu erfüllen hat, wird es richtigerweise problemabhängig auch alle diese Sichtweisen wählen oder gegebenenfalls auch kombinieren; die Kombination von §§ 119 und 122 BGB illustrierte dies. Das vierteilige Schema lädt ein zur funktionsspezifischen Perspektivenwahl.

Der Standpunkt *ex ante* wird dem Situationsbezug der Entscheidung und Handlung am besten gerecht. Die Einnahme dieses Blickes dient der Wahrung der Entscheidungs- und Handlungsfreudigkeit, zumal in unübersichtlichen Situationen, macht Entscheidungen unter Ungewissheit nicht zum untragbaren Risiko. Die Heranziehung der *subjektiven* Sicht des Handelnden schützt zudem dessen Autonomie. Deswegen sind auch Belastungen des Einzelnen nach dessen Maßstäben zu beurteilen und konsequenterweise auch die Schutzbereiche der Freiheitsrechte vom Selbstverständnis her zu bestimmen.

Beurteilt man eine Handlung *ex post*, so hat man die Chance auf mehr Wissen als zum Zeitpunkt der ursprünglichen Handlungszeitpunkt, hat die Chance auf einen weiteren Horizont und damit auf eine bessere Entscheidung. Angesichts dessen braucht es regelmäßig Gründe, weshalb man den Standpunkt *ex ante* einnehmen möchte.

Die *objektive* Betrachtung dient dem Erwartungsschutz. Sie ist angezeigt für alle Verkehrsrechtsgebiete, also überall dort, wo es um die Koordination des Handelns mehrerer Akteure geht, so etwa im Vertragsrecht. Hier ist nach der Sichtweise der anderen zu fragen. Regelmäßig wird es dabei um die objektive Sicht *ex ante* gehen, weil die handlungssteuernde Kompetenz der Beteiligten gesichert werden soll. Für die objektive Betrachtung spricht insbesondere auch der objektive, also intersubjektiv verbindliche Charakter des Rechts, als einer für alle in gleicher Weise gel-

tenden Regelung. Wegen der Rechtsbindung der öffentlichen Gewalt sollen subjektive Schwächen keine Rolle spielen, weswegen die Perspektive staatlicher Amtsträger deswegen regelmäßig – wie gezeigt – objektiviert („pflichtbewusster Beamter“).

Die Zurechnung von Handlungsfolgen zu einem Akteur, also ihn für das Bewirkten die Verantwortung zu nehmen, verlangt regelmäßig die Einnahme des subjektiven Standpunktes ex ante: Auf der Grundlage eines Menschenbildes, welches den Einzelnen als mit Autonomie begabten, sich selbst steuernden und damit aber auch verantwortlichen Akteur voraussetzt, kann nur das dem Einzelnen zum Vorwurf und damit zur Grundlage für die Zurechnung von Handlungsfolgen gemacht werden, was er in der Handlungssituation auch sehen und Beeinflussen konnte.⁵¹ Vorhersehbarkeit und Vermeidbarkeit sind deswegen regelmäßige Voraussetzungen für die Zurechnung. In umgekehrter Blickrichtung dient das Abheben auf die (subjektive) Sicht ex ante der Entschuldigung der Hinweis darauf, man habe seinerzeit etwas in einer bestimmten Weise gesehen, nicht habe anders sehen können, soll entlasten von dem Vorwurf, was man mit einer Handlung objektiv und ex post betrachtet angerichtet habe.⁵² Zumal das scharfe Schwert des Strafrechtes soll niemanden treffen, der die für andere Rechtsgüter gefährliche Situation nicht auf seinen inneren Bildschirm gehabt hat. Die strafrechtliche Dogmatik hat in subtiler Weise die Bedeutung der subjektiven Situationssicht für die Strafbarkeit entfaltet.

Das Präsenthalten aller vier Betrachtungsmöglichkeiten führt zur Abstraktion von der gegebenen Fallproblematik und lässt nach allgemeineren Gründen für die Wahl einer bestimmten Perspektive fragen. Das Vier-Felder-Schema stimuliert also die Reflexion auf die zu Gebote stehenden Betrachtungsweisen. Sie hat metadogmatischen Charakter, führt in die Theorie, verstanden als von der Dogmatik verschieden.⁵³ Sowohl für

⁵¹ Zur Zuschreibung von Verantwortlichkeit und der Rolle der subjektiven Sicht ex ante *M. Morlok*, Selbstverständnis (Fn. 68), S. 359 ff.

⁵² „Oberst Klein hat mein volles Verständnis dafür, dass er angesichts kriegsähnlicher Zustände um Kundus ... subjektiv von der militärischen Angemessenheit seines Handelns ausgegangen ist ... Und jeder, der jetzt aus der Distanz ... Kritik übt, sollte sich selbst prüfen, wie man in dieser Situation gehandelt hätte.“, so Bundesverteidigungsminister zu Guttenberg zur Rechtfertigung im Bundestag, weshalb er ursprünglich den Luftangriff auf zwei entführte Tanklastwagen gebilligt habe. Zitiert nach FAZ vom 4.12.2009, S.2.

⁵³ Dazu näher *M. Morlok*, Was heißt um zu welchem Ende studiert man Verfassungstheorie?, 1988, S.51 ff.

gesetzlich verankerte Entscheidungen für eine bestimmte Perspektive wie für dogmatisch bestimmte oder frei gewählte Perspektiven gilt: Der Blick auf das insgesamt Mögliche macht die Auswahl rationaler und den Umgang mit der gewählten Perspektive begründeter.

Dr. Nino Mtchedlishvili LL.M (Jena)

Zum Begriff der „Sozialen Sicherheit“

„Das Streben nach sozialer Sicherheit ist nur ein Teil des menschlichen Strebens nach Sicherheit im Allgemeinen.“¹ Dieses Streben ist Ausdruck eines ureigenen Bedürfnisses, das im Laufe der Menschheitsgeschichte entstanden und in unserer modernen Gesellschaft weiter verankert ist. Der universelle Bedarf an Schutz vor unvorhergesehenen Lebensumständen, also Bedarf an sozialer Sicherheit ist von der Weltgemeinschaft als ein Menschenrecht anerkannt worden. Obwohl die Sehnsucht nach Sicherheit dem Menschen eingeboren ist, hat der Begriff eine Geschichte, die wissenschaftsgeschichtlich vergleichsweise jung ist.

a) Geschichte des Begriffs

Die Entstehung der Wortbildung „soziale Sicherheit“ ist auf die Wirtschaftskrise der Vereinigten Staaten von Amerika in den 1930-er Jahren zurückzuführen.² Die historische Grundlage des Begriffs „der sozialen Sicherheit“ findet sich in der Botschaft von Präsident Roosevelt vom 1934,³ mit der dieser ein Programm der „security against the hazards and vicissitudes of life“⁴ forderte.

¹ Nach *Bremme*, Freiheit und Soziale Sicherheit, S. XI, Stuttgart 1961.

² *Balling*, Soziale Sicherheit, Die Geschichte eines Begriffs, Bundesarbeitsblatt, 1954, 104 ff.

³ So die allgemeine Ansicht: *Weisser*, Soziale Sicherheit, in: HDSW, Hrsg. Beckrath, u.A., 9. Band, Göttingen 1956, S. 397; *Friederichs*, Soziale Sicherheit als Rechtsbegriff, JZ, 1967, 278; *Partsch*, Prinzipien und Formalen sozialer Sicherung in nicht-industriellen Gesellschaft, Heft 48, Berlin 1983, S. 14; *Braun*, Soziale Sicherung, System und Funktion, 2. Aufl. Stuttgart 1973, S. 34; *Kaufmann*, Sicherheit als soziologisches und sozialpolitisches Problem, 2. Aufl. Stuttgart 1973, S. 92; *Balling*, Soziale Sicherheit, Die Geschichte eines Begriffs, Bundesarbeitsblatt, 1954, 104; *Wannagat*, Lehrbuch des Sozialversicherungsrechtss, Band I, Tübingen 1965, S. 33; *Achinger*, Soziale Sicherheit, in: Staatslexikon, Recht Wirtschaft Gesellschaft, Hrsg. Görres-Gesellschaft, Freiburg 1962, S. 262; Ausführliche Darstellung zum Begriff siehe: *Schmid*, Sozialrecht und Recht der sozialen Sicherheit, Die Begriffsbildung in Deutschland, Frankreich und Schweiz, Band 5, Berlin 1981.

⁴ Zit. nach: *Doberschütz*, Die soziale Sicherung des amerikanische Bürgers, Berlin

Am 8. Juni 1934 richtete der Präsident eine Botschaft an den 73. Kongress der Vereinigten Staaten. Darin hieß es: „Soziale Sicherheit hat es früher schon gegeben, wo eine enge Zusammengehörigkeit und ein Aufeinander - Angewiesensein unter den Familienmitgliedern und den Mitgliedern einer kleinen Gemeinde sehr ausgeprägt waren. Die Vielfältigkeit größerer Gemeinden und die Organisation der Industrie lassen diese einfachen Mittel patriarchalischer Sicherheit heute weit weniger zur Geltung kommen. Wir sind daher gezwungen, das aktive Interesse der ganzen Nation als Regierung zu vertreten, um eine größere soziale Sicherheit für den einzelnen zu erreichen. Dieses Suchen nach einem höheren Maß von Wohlfahrt und Glück bedeutet keinen Wandel der Werte. Es ist eine Rückkehr zu Werten, welche im Laufe unserer ökonomischen Entwicklung und Expansion verloren gingen.“⁵ Mit dieser Botschaft kündigte Roosevelt eine Ausarbeitung der sozialen Gesetzgebung an, die auf der Erfahrung der Einzelstaaten und der „vielen Nationen der zivilisierten Welt“ beruhen sollte:⁶ „Im nächsten Winter werden wir uns an die große Aufgabe begeben, die Sicherheit der Bürger und ihrer Familien durch Sozialversicherung zu fördern. Es stehen Erfahrungen zu Verfügung aus den Einzelstaaten, manchen Industriezweigen und vielen Nationen der zivilisierten Welt. Die verschiedenen zweige der Sozialversicherung hängen miteinander zusammen. Deshalb denke ich, es wäre schwierig zu versuchen sie stückweise einzuführen. Daher werde ich mich bemühen, einen tauglichen Vorschlag zu unterbreiten, um durch ein Gesetzeswerk Sicherungen für einige bedeutende Wechselfälle des Lebens zu treffen, besonders jene, die sich aus Arbeitslosigkeit oder Alter ergeben. Ich glaube, dass dabei die Einzelstaaten und Bundesregierung aufs engste zusammenwirken sollten. Ich glaube ferner, dass die Mittel die für diese Versicherung benötigt werden, besser durch Beiträge als durch Steuererhöhungen aufgebracht werden sollten. Ich bin vor allem davon überzeugt, dass Sozialversicherung ein nationales Ziel darstellt. Obgleich die verschiedenen Einzelstaaten zumindest einen großen Teil der Kosten für die Verwaltung zu tragen haben, sollte der Bundesregierung die Verantwortung zukommen, die für die Versicherung ver-

1966, S. 32.

⁵ Zit. nach: Kaufmann, Sicherheit als soziologisches und sozialpolitisches Problem, 2. Aufl. S. 92.

⁶ Eichenhofer, Recht der sozialen Sicherheit in den USA, 1. Aufl. Baden-Baden 1990, S. 61.

einnahmten Mittel zu investieren, zu erhalten und zu sichern.“⁷

Am 14. August 1935 fertigte Präsident Roosevelt, das „herausragendste, zukunftsweisende innenpolitische Reformwerk seiner mehr als 12-jährigen Amtszeit“⁸ aus - den Social Security Act. Anzumerken ist jedoch, dass der Name des Gesetzesentwurfs erst vor der Einbringung ins Parlament von Economic Security Act in Social Security Act geändert wurde.⁹

Nach Eichenhofer wurde der Begriff erstmals im Jahr 1927 von Abraham Epstein verwendet, allerdings nicht als „Bezeichnung für ein sozialpolitisches Programm bestimmten Inhalts, sondern als Beschreibung für den Zweck, den Sozialversicherungen wie andere Formen von Sozialgesetzgebung letztlich verfolgen.“¹⁰

Nach Ansicht von Cruz fand der Begriff seine erste Verwendung viel früher, nämlich im Februar 1819. Er zitiert die Worte des südamerikanischen Freiheitskämpfers und Nationalhelden Simón Bolívar: „Das Regierungssystem welches die größte Wohlfahrt, die größte soziale Sicherheit und die größte politische Beständigkeit gewährleistet, ist das vollkommenste.“¹¹

Folgt man weiter der in der Literatur¹² skizzierten Entwicklung des Begriffs, beginnt seine Geschichte als Gesetzesartikel mit dem Erlass des „Social Security Act“ vom 14. August 1936. Der Social Security Act enthielt konkrete Bestimmungen über die Risiken, die als solche geschützt werden sollten und umfasste die klassische Sozialversicherung, Sozialfürsorge und Kriegsopferversorgung. Als zentraler Bereich der zu schützenden Lebensrisiken fand die Altersrente im Wege der Sozialversicherung von Anfang an eine besondere Stellung in diesem Gesetz. Als weiteres Anliegen

⁷ Zit. nach Eichenhofer, Recht der sozialen Sicherheit in den USA, 1. Auf. Baden-Baden 1990, S. 60.

⁸ Eichenhofer, Fünzig Jahre Social Security Act, in: Die Sozialgerichtsbarkeit, 13/84, S. 563 ff.

⁹ Kaufmann, in: Verantwortung in der Zivilgesellschaft, Hrsg. Heidbrink/Hirsch, Frankfurt 2006, S. 45.

¹⁰ Eichenhofer, Fünzig Jahre Social Security Act, in: Die Sozialgerichtsbarkeit, 1984, S. 568.

¹¹ Cruz, Der Begriff der sozialen Sicherheit in den Ländern Amerikas, in: Bulletin der Internationalen Vereinigung für sozialen Sicherheit, IV Jahrgang, N 6, S. 89.

¹² Z.B.: Balling, Soziale Sicherheit; Die Geschichte eines Begriffs, Bundesarbeitsblatt, 1954 S. 104 ff.; Kaufmann, Sicherheit als soziologisches und sozialpolitisches Problem, 2. Aufl. Stuttgart 1973.

schrrieb das Gesetz den Schutz vor dem Risiko der Arbeitsunfähigkeit und den Schutz der Witwen und Waisen fest. Darüber hinaus wurden durch den Social Security Act die Art der Finanzierung verschiedener Versicherungszweige und die Gestaltung des Bund- und Länderverhältnisses festgelegt.¹³

In der Folgezeit stand der Terminus „Soziale Sicherheit“ im Mittelpunkt interamerikanischer Konferenzen.¹⁴ In einer Resolution der Konferenz der amerikanischen Mitgliedstaaten der internationalen Arbeitsorganisation in Santiago wurde 1936 die Sozialversicherung als „das rationalste und effektivste Mittel“ gepriesen, „um den Arbeitnehmern, die ihnen zustehende soziale Sicherheit zu gewähren.“¹⁵

Dem Social Security Act folgten 1936 Peru mit dem Gesetz über die soziale Sicherheit und 1938 Neuseeland mit einem neuen Plan für die soziale Sicherheit, nämlich einem System in Form einer Bürgerversicherung. Die Labour-Regierung von Neuseeland begann 1938 mit dem Aufbau eines staatlichen Gesundheitsdienstes, der Teil eines Systems der Sozialen Sicherheit in einem einheitlichen Gesetzgebungswerk war. Als bedeutende Neuerung galt die Einführung einer speziellen Einkommensteuer zur Finanzierung der Leistungen.¹⁶

Eine Internationalisierung des Begriffs ist bereits während der Kriegezeit zu beobachten. Die Verankerung der „sozialen Sicherheit“ auf der internationalen Ebene geht bis zur Charta der Atlantikpaktstaaten von 1941 zurück.¹⁷ Mit der gemeinsamen Erklärung bestimmten der britische Premierminister und der Präsident der USA die „Gewährung der sozialen

¹³ Ausf. dazu siehe: Eichenhofer, Recht der sozialen Sicherheit in den USA, S.65 ff.

¹⁴ Konferenzen von Santiago 1936, Havanna 1939, Interamerikanische Konferenz zur Förderung der Sozialen Sicherheit 1940. Nach Auerbach, Mut zur Sozialen Sicherheit. Kleine Schriften zur Sozialpolitik und zum Arbeitsrecht, Köln 1955, S. 14.

¹⁵ First Labour Conference of American Member States of ILO, Santiago de Chile, 2-14 January 1936, Appendix VII, Resolution adopted by the Conference.

¹⁶ Kaufmann, Sicherheit als soziologisches und sozialpolitisches Problem, 2. Aufl. Stuttgart 1973, S. 95, 130; Schmid, Sozialrecht und Recht der sozialen Sicherheit; Die Begriffsbildung in Deutschland, Frankreich und der Schweiz, Band 5, Berlin 1981, S.45.

¹⁷ Die Atlantik-Charta wurde am 12. August 1941 von Präsidenten Roosevelt und von Premierminister Churchill unterzeichnet und beinhaltete die erste gemeinsame Erklärung der Alliierten über ihre Friedensziele. Abgedr. in: Dokumentation zur Deutschlandfrage, Von der Atlantikcharta 1941 bis zur Genfer Außenministerkonferenz 1959, Zusammengestellt: Siegler, Heinrich, Bonn 1959, S. 2.

Sicherheit als eines der wichtigsten Ziele der internationalen Zusammenarbeit.“ Im Punkt 5 der am 14. August 1941 veröffentlichten gemeinsamen Erklärung kündigten die Unterzeichneten folgendes an: „Sie (die Unterzeichneten) wünschen vollste Zusammenarbeit zwischen allen Nationen auf wirtschaftlichem Gebiet zu erreichen, mit dem Ziel, für alle einen gehobenen Arbeitsstandard, wirtschaftlichen Fortschritt und soziale Sicherheit zu gewährleisten.“¹⁸

Die Atlantikcharta war nicht nur das erste Dokument, das dem Begriff einen internationalen Rang verlieh, sie garantierte auch die Gewährung des Rechts auf soziale Sicherheit als „Jedermannsrecht“.

Auch die „Allgemeine Erklärung der Menschenrechte der Vereinten Nationen“ von 1948 nahm den populären Begriff in Gebrauch, allerdings im menschenrechtlichen Kontext.¹⁹ Die im Dezember 1948 von der Vereinten Nationen verabschiedete allgemeine Erklärung der Menschenrechte sagt im Art. 22: „Jeder hat als Mitglied der Gesellschaft das Recht auf soziale Sicherheit und Anspruch darauf, durch innerstaatliche Maßnahmen und internationale Zusammenarbeit sowie unter Berücksichtigung der Organisation und der Mittel jedes Staates in den Genuß der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte zu gelangen, die für seine Würde und die freie Entwicklung seiner Persönlichkeit unentbehrlich sind.“ Dieses Recht ist im Art. 25 wie folgt erläutert: „Jeder hat das Recht auf einen Lebensstandard, der seine und seiner Familie Gesundheit und Wohl gewährleistet, einschließlich Nahrung, Kleidung, Wohnung, ärztliche Versorgung und notwendige soziale Leistungen gewährleistet, sowie das Recht auf Sicherheit im Falle von Arbeitslosigkeit, Krankheit, Invalidität oder Verwitwung, Im Alter sowie bei Anderweitigem Verlust seiner Unterhaltsmittel durch unverschuldete Umstände.“

Als Bestandteil der ILO-Verfassung hob die auf der Konferenz von Philadelphia im Jahr 1944 erlassene Erklärung über die Ziele und Zwecke der internationalen Arbeitsorganisation²⁰ den Ausbau von Maßnahmen der sozialen Sicherheit als eines der Ziele der Mitgliedstaaten hervor. Teil III postu-

¹⁸ Atlantik - Charta 1941, Punkt 5.

¹⁹ AEMR in: Tomuschat Christian (Hrsg.), Menschenrechte, Eine Sammlung internationaler Dokumente zum Menschenrechtsschutz, 2. Aufl. Bonn 2002, S. 42. Zur „Soziale Sicherheit als Menschenrecht“ siehe ausf. Eichenhofer, Menschenrechte auf Soziale Sicherheit, VSSR, 2007, 87 ff.

²⁰ http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-berlin/documents/normativeinstrument/wcms_193728.pdf.

liert: „Die Konferenz anerkennt die feierliche Verpflichtung der Internationalen Arbeitsorganisation, bei den einzelnen Nationen der Welt Programme zur Erreichung folgender Ziele zu fördern: ... f) Ausbau von Maßnahmen der sozialen Sicherheit, um allen, die eines solchen Schutzes bedürfen, ein Mindesteinkommen zu sichern, und um umfassende ärztliche Betreuung zu gewährleisten.“ Das war der erste Versuch der IAO, „darüber Klarheit zu gewinnen, was unter sozialer Sicherheit zu verstehen ist.“²¹

Später konkretisierte die Konvention 102,²² die im Jahre 1952 von den Mitgliedern der „International Labour Organization“ verabschiedet wurde, die Faktoren der sozialen Sicherheit. Mittlerweile manifestieren zahlreiche IAO-Übereinkommen den Rechtsschutz auf dem Gebiet der sozialen Sicherheit.²³ Als Grundlage für die Mindestnormen der sozialen Sicherheit, auf denen die anderen Spezialabkommen für weitere Teilbereiche der sozialen Sicherheit aufbauen, besitzt das IAO - Übereinkommen Nr. 102 weiterhin eine zentrale Bedeutung.

Das IAO-Übereinkommen Nr. 102 bestimmt sowohl den Gegenstand als auch den Umfang der zu gewährenden Leistungen und beinhaltet ein umfassendes Regelungskonzept zur sozialen Sicherheit, in dem neun Zweige der sozialen Risiken katalogmäßig erfasst sind. Das Übereinkommen unterscheidet:

- Ärztliche Betreuung – Teil II, Art. 7–12,
- Krankengeld – Teil III, Art. 13–18,
- Leistungen bei Arbeitslosigkeit – Teil IV, Art. 19–24,
- Leistungen bei Alter – Teil V, Art. 25–30,
- Leistungen bei Arbeitsunfällen und Berufskrankheiten – Teil VI, Art.

²¹ Schmid, Sozialrecht und Recht der sozialen Sicherheit; Die Begriffsbildung in Deutschland, Frankreich und der Schweiz, Band 5, Berlin 1981, S. 64.

²² In: Übereinkommen und Empfehlungen/Internationale Arbeitsorganisation, 1919-1966, S. 920.

²³ Zu nennen sind z. B.: Ü 118 über die Gleichbehandlung von Inländern und Ausländern in der sozialen Sicherheit, in: Übereinkommen und Empfehlungen, Band I, S.1163. Ü 121 über Leistungen bei Arbeitsunfällen und Berufskrankheiten vom 08.07.1964, BGBl.1971. II, S.1171; Ü128 über Leistungen bei Invalidität und Alter und an Hinterbliebene vom 29.06.1967, BGBl. 1970, II, S. 814; Ü130 über die ärztliche Betreuung und Krankengeld vom 25.06.1969, BGBl. 1974, II, S. 706. Ü157 über die Einrichtung eines internationalen Systems zur Wahrung der Rechte in der Sozialen Sicherheit, in: Übereinkommen und Empfehlungen, Band II. S. 1751. Ü 168 über Beschäftigungsförderung und den Schutz gegen Arbeitslosigkeit, in: Übereinkommen und Empfehlungen, S. 1928.

31– 38,
Familienleistungen – Teil VII, Art. 39–45,
Leistungen bei Mutterschaft – Teil VIII, Art. 46–52,
Leistungen bei Invalidität – Teil IX, Art. 53–58,
Leistungen an Hinterbliebene – Teil X, Art. 59–64.

Durch die Präzisierung der zu gewährenden Sozialleistungen entwickelte das 102. Übereinkommen ein formalisiertes Begriffsverständnis, das über Jahrzehnte hinweg nicht geändert wurde.²⁴

Ein eigenständiges Begriffsverständnis begründete schließlich die Internationale Konferenz zur Verteidigung, Verbesserung und Verbreitung der Sozialversicherung und der sozialen Sicherheit vom 2. bis 6. März 1953 in Wien. Nach der im Bericht dargelegten Formulierung ist „die soziale Sicherheit eine Institution, durch die die Werk tätigen in ihrer Gesamtheit gegen alle möglichen Risiken geschützt werden. Sie hat die Aufgabe, ihnen unter allen Umständen ein normales Einkommen zu sichern, das für ihren eigenen und den Unterhalt ihrer Angehörigen ausreicht.“²⁵ Der Verwirklichung dieser Aufgabe diene eine Reihe zweckgerichteter gesetzlicher Maßnahmen und Einrichtungen.

Ein „wirkliches System“ der sozialen Sicherheit musste nach der im Bericht erfolgten Darlegung folgende Maßnahmen umfassen: unentgeltliche ärztliche Behandlung für die Arbeiter und Angestellten sowie für ihre Angehörigen, bezahlten Urlaub für alle Arbeiter und Angestellten, Schutz von Mutter und Kind, Schutz der Arbeiter gegen Arbeitsunfälle und ihre Folgen.

Anzumerken ist, dass der Schutz vor Arbeitsunfällen und der Gesundheitsschutz den Ausgangspunkt dieses Begriffsverständnisses darstellen. Es bezieht sich hauptsächlich auf Familienleistungen und auf Leistungen bei Arbeitsunfällen. Die Gesundheitsfürsorge und das Wohlfahrtswesen bezeichnete der Bericht als „sehr wichtiges Element der sozialen Sicherheit.“²⁶ Obwohl die Leistungen bei Alter oder Invalidität als Teile der sozialen Sicherheit im Bericht nicht ausdrücklich erwähnt sind, wird der Schutz der Werk tätigen gegen alle möglichen Risiken als Aufgabe der sozialen

²⁴ Christochowitz, Die Konvention Nr. 57 der Internationale Arbeitsorganisation vom 21. Juni 1982 über die Errichtung eines internationalen Systems zur Wahrung der Rechte in der Sozialen Sicherheit, Bonn 2001, S.9.

²⁵ Die Soziale Sicherheit. Zur internationalen Konferenz für die Verteidigung, Verbesserung und Verbreitung der Sozialversicherung und der sozialen Sicherheit, 1953, S. 8.

²⁶ A.a.O. S. 9.

Sicherheit hervorgehoben.

Auch die Europäische Union hat sich in verschiedenen Rechtsinstrumenten mit der sozialen Sicherheit auseinandergesetzt. Auf der europäischen Ebene war die vom Europarat geschaffene Europäische Sozialcharta²⁷ die erste, in der der Begriff der sozialen Sicherheit seinen Niederschlag fand. In Art.12 bekräftigten die Vertragsstaaten den Schutz des Einzelnen als Recht auf soziale Sicherheit.²⁸ In Teil II Art. 12 heißt es:

„Um die wirksame Ausübung des Rechtes auf Soziale Sicherheit zu gewährleisten, verpflichten sich die Vertragsparteien:

ein System der Sozialen Sicherheit einzuführen oder beizubehalten;
2. das System der Sozialen Sicherheit auf einem befriedigenden Stand zu halten, der zumindest dem entspricht, der für die Ratifikation des Übereinkommens (Nr. 102) der Internationalen Arbeitsorganisation über die Mindestnormen der Sozialen Sicherheit erforderlich ist;

sich zu bemühen, das System der Sozialen Sicherheit fortschreitend auf einen höheren Stand zu bringen;

Als weitere Verpflichtung gibt Art. 12 den Parteien auf, das System der sozialen Sicherheit auf ein höheres Niveau zu bringen und für dessen Absicherung durch bi- und multilaterale Verträge zu sorgen.²⁹

Die rechtliche Verbürgung sozialer Sicherheit wurde in der Folgezeit im „Internationalen Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte“³⁰ fortgesetzt. In Art.9³¹ des am 19.12.1966 verabschiedeten und am

²⁷ BGBl. 1964, II, S. 1262. Europäische Sozialcharta wurde am 18.10.1961 unterzeichnet und trat am 26.10.1965 in Kraft.

²⁸ Anm.: Art. 12 der revidierten Fassung von 1996 der ESC unterscheidet sich in Art. 12 Abs. 2 von der Fassung der ESC von 1961 und bezieht sich auf die Europäische Ordnung der sozialen Sicherheit und nicht auf die ILO-Konvention Nr. 102. In Art. 12. Abs. 2 von der Fassung der ESC von 1961 hieß es: Das System der sozialen Sicherheit auf einem befriedigenden Stand zu halten, der zumindest dem entspricht, der für die Ratifikation des Übereinkommens Nr.102 der internationalen Arbeitsorganisation über die Mindestnormen der sozialen Sicherheit erforderlich ist.

²⁹ Ausf. siehe: Birk, Soziale Sicherheit und Europäische Sozialcharta, in: Sozialrecht und Sozialpolitik in Deutschland und Europa, FS für Baron von Maydell, Hrsg. Boecken, u.a. Neuwied 2002, S. 27 ff.

³⁰ BGBl 1976, II, S. 428. Deutschland hat den Pakt am 17.12.1973 ratifiziert. Am 03. August 1994 für Georgien in Kraft getreten. <http://www.supremecourt.ge/information26/>.

³¹ „Die Vertragsstaaten erkennen das Recht eines jeden auf soziale Sicherheit“, Art. 9, Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vom 19.12.1966.

03.01.1976 in Kraft getretenen Paktes erkennen die Vertragsstaaten das Recht eines jeden auf soziale Sicherheit an und verpflichten sich, „einzeln und durch internationale Hilfe und Zusammenarbeit, insbesondere wirtschaftlicher und technischer Art, unter Ausschöpfung aller ihrer Möglichkeiten Maßnahmen zu treffen, um nach und nach mit allen geeigneten Mitteln, vor allem durch gesetzgeberische Maßnahmen, die volle Verwirklichung“ dieses Rechts zu erreichen (Art. 2).

Darüber hinaus haben noch einige weitere internationale Spezialabkommen³² den Begriff des Rechts auf soziale Sicherheit zum Inhalt. Im Übereinkommen über die Rechte des Kindes vom 20.11.1989 waren die Vertragsstaaten einig, „das Recht jedes Kindes auf Leistungen der sozialen Sicherheit einschließlich der Sozialversicherung“ anzuerkennen und zur Sicherstellung der vollen Verwirklichung dieses Rechts in Übereinstimmung mit dem innerstaatlichen Recht, die erforderlichen Maßnahmen zu treffen.³³

Es heißt ferner in der „Internationalen Konvention zum Schutz der Rechte aller Wanderarbeitnehmer und ihre Familienangehörigen.“³⁴ „Wanderarbeitnehmer und ihre Familienangehörigen genießen im Beschäftigungsstaat in Bezug auf die soziale Sicherheit die gleiche Behandlung wie die Staatsangehörigen dieses Staates, soweit sie die nach den anzuwendenden Rechtsvorschriften dieses Staates und den anzuwendenden zweiseitigen oder mehrseitigen Verträgen erforderlichen Voraussetzungen erfüllen,“ (Art. 27 Abs. 1, S.1).

„Charta der Grundrechte der Europäische Union“ hob die Bedeutung der Sozialen Sicherheit erneut hervor. Im Art. 34 wurde das Recht auf sozialen Sicherheit näher umschrieben: „Die Union anerkennt und achtet das

³² Z.B.: „Charta der Grundrechte der Europäische Union“, Art. 34 (1) Die Union anerkennt und achtet das Recht auf Zugang zu den Leistungen der sozialen Sicherheit und zu den sozialen Diensten, die in Fällen wie Mutterschaft, Krankheit, Arbeitsunfall, Pflegebedürftigkeit oder im Alter sowie bei Verlust des Arbeitsplatzes Schutz gewährleisten, nach Maßgabe des Unionsrechts und der einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheit.“

³³ „Übereinkommen über die Rechte des Kindes“ vom 20.11.1989, in Kraft getreten am 02.09.1990, für Deutschland am 05.04.1992, für Georgien 21.04.1994.

³⁴ „Internationale Konvention zum Schutz der Rechte aller Wanderarbeitnehmer und ihrer Familienangehörigen“, verabschiedet durch die Resolution 45/1581 vom 18.12.1990 an der 45. Tagung der Generalversammlung der Vereinten Nationen. In Kraft getreten am 01.07.2003.

Recht auf Zugang zu den Leistungen der sozialen Sicherheit und zu den sozialen Diensten, die in Fällen wie Mutterschaft, Krankheit, Arbeitsunfall, Pflegebedürftigkeit oder im Alter sowie bei Verlust des Arbeitsplatzes Schutz gewährleisten, nach Maßgabe des Unionsrechts und der einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheit.“

Im Vergleich zu den oben genannten internationalen Konventionen kommt diesen Rechtsakten jedoch geringere Bedeutung zu.

Die Verwendung des Begriffs in dem im Jahr 1942 ausgearbeiteten Beveridge-Plan war der entscheidende Faktor für die Begriffsentwicklung in Europa. Damit wurde ein wirklicher Plan der sozialen Sicherheit geschaffen. Unter der Beibehaltung des Versicherungsprinzips enthielt der Beveridge-Plan einen neuen Ansatz – durch die Einbeziehung aller Bevölkerungsgruppen in das System der sozialen Sicherheit und durch einheitliche Beiträge und Leistungen ein Existenzminimum zu garantieren.³⁵ Das im Beveridge-Plan skizzierte Programm der sozialen Sicherheit baut auf drei Grundsätzen auf: Der erste Grundsatz lautet, dass „alle Vorschläge für die Zukunft ... durch Rücksichtnahme auf Sonderinteressen, welche bei der Gewinnung dieser Erfahrungen entstanden sind, nicht behindert werden dürfen.“³⁶ Der zweite Grundsatz liegt darin, dass „die Organisation der Sozialversicherung lediglich als Teil einer umfassenden Politik sozialen Fortschritts behandelt werden soll“; nach dem dritten Grundsatz fußt die soziale Sicherheit auf dem Zusammenwirken zwischen dem Staat und dem Individuum.³⁷

Auf der verfassungsrechtlichen Ebene findet sich keine ausdrückliche Begriffsbestimmung³⁸ der sozialen Sicherheit. Lediglich vereinzelt enthalten die Verfassungstexte individualrechtlich gefasste soziale Regelungen, wie z. B. Art. 20 Abs. 1 und Art. 28 Abs. 1 GG, Art. 38 Italienische Verfassung, Art. 11 Abs. 4 Luxemburgische Verfassung, in der Präambel der französischen Verfassung von 1946, Art. 21 und 22 Griechische Verfassung oder Teil III der portugiesischen Verfassung von 1976, die den „detailliertesten Katalog sozialer, wirtschaftlicher und kultureller Rechte aller westeuropäischen Verfassungen“ enthält.³⁹

³⁵ Molitor, Der Beveridgeplan, in: Soziale Sicherheit, Hrsg. Külp, u.a., Köln 1971, S. 310 ff.

³⁶ A.a.O. S. 312.

³⁷ A.a.O.

³⁸ Mit Ausnahme von Art. 23 Verfassung Belgiens, Art. 19 Verfassung Finnlands.

³⁹ Polakiewicz, Soziale Grundrechte und Staatszielbestimmungen in den Verfassungsordnung Italiens, Portugals und Spaniens, in: ZaöRV, 1994, 340, 347.

Auch in der georgischen Verfassung findet sich keine ausdrückliche Bestimmung über die Gewährung des Rechts auf die soziale Sicherheit. So wie das deutsche Grundgesetz gewährleistet die georgische Verfassung soziale Sicherheit und Gerechtigkeit primär objektiv- rechtlich. In der Präambel der georgischen Verfassung werden die Gründung einer demokratischen Gesellschaftsordnung und die Einführung der wirtschaftlichen Freiheit sowie der Aufbau eines Sozial- und Rechtsstaates als ein „unerschütterlicher Wille“ der Bürger Georgiens bezeichnet.

b) Inhalt des Begriffs

In Deutschland erschien der Begriff erst in den 1950-er Jahren.⁴⁰ Die recht späte Begriffsbildung im deutschen juristischen Sprachgebrauch wird damit erklärt und gerechtfertigt, dass „in der deutschen Sozialversicherung das Versicherungsprinzip weitgehend gewahrt, am Arbeitnehmerbegriff festgehalten und damit die Verbindung zur älteren Sozialpolitik gewahrt worden sei.“⁴¹

Den Begriff der sozialen Sicherung hinterfragend, bestehen in der juristischen wie auch in der ökonomischen Literatur unterschiedliche Positionen. Von seinem historischen Hintergrund aus gesehen, hat der Begriff der sozialen Sicherheit eine umfassende Bedeutung. Der Begriff ist schillernd und steht oft im Kontext mit anderen Begriffen wie soziale Sicherung und Sozialrecht. Wobei zu bemerken ist, dass es sich bei den verschiedenen Definitionen – soziale Sicherung und soziale Sicherheit – um sprachliche Abwandlungen handelt, die keinen inhaltlichen Unterschied aufweisen.⁴²

Einen der ersten ausführlichen Ansätze zur begrifflichen Präzisierung entwickelte Weisser.⁴³ Nach Weisser werden mit dem Terminus „soziale Sicherheit“ mehrere engere und weitere Begriffe gebündelt, die dem Begriffsapparat der Sozialpolitik angehören. Unter dem Begriff „soziale Sicherheit“ verstand Weisser in erster Linie komplexe sozialpolitische Maßnahmen, die „unmittelbar nicht sowohl der Hebung der Lebenslage als vielmehr dem Schutz der Lebenslage vor bestimmten Gefahren ihrer

⁴⁰ Schmid, Sozialrecht und Recht der sozialen Sicherheit; Die Begriffsbildung in Deutschland, Frankreich und der Schweiz, Band 5, Berlin, 1981, S. 127.

⁴¹ A.a.O. S. 134.

⁴² Z.B. Weisser, in HdSW, S. 396; Schulin, Sozialrecht, §1, Rdn. 7; Schmid, S.139.

⁴³ Weisser, Soziale Sicherheit, in: HdSW, Hrsg. Beckerath, u.A. 9. Band, Göttingen 1956, S. 396 ff.

Verschlechterung dienen.“⁴⁴ Darüber hinaus bemerkte Weisser, dass es üblich geworden sei, bei Maßnahmen zur Herstellung sozialer Sicherheit auch solche Aktionen und Institutionen einzubeziehen, die Menschen aus prekärer Lebenslage in einen verbesserten Lebensstandard bringen sollen.⁴⁵ Nach ihm liegen „Leistungen sozialer Sicherheit vor, wenn folgende Voraussetzungen gegeben sind: 1) Das Ziel der Versicherungs- oder Versorgungseinrichtung muss darin bestehen, heilende oder verhütende ärztliche Behandlung zu gewähren oder bei unfreiwilligem Verlust des ganzen oder eines großen Teils des Arbeitseinkommens Mittel für den Lebensunterhalt zu garantieren oder Personen mit Familienangehörigen ein zusätzliches Einkommen zu gewähren. 2) Die Einrichtung muss durch eine Gesetzgebung geschaffen sein, die bestimmte individuelle Rechtsansprüche gewährt oder öffentlichen, halböffentlichen oder autonomen Organisationen fest umgrenzte Verpflichtungen auferlegt. 3) Die Einrichtung muss durch eine öffentliche, halböffentliche oder autonome Körperschaft verwaltet werden.“⁴⁶

Zu finden ist der Versuch der Begriffsbestimmung noch früher bei Auerbach. In seinem Vortrag bezeichnete der Autor die „soziale Sicherheit“ als „einprägsames“ und „einschmeichelndes Wort“ und schrieb ihm „die Macht eines echten Mythos“⁴⁷ zu. Zur sozialen Sicherheit gehören nicht nur Sozialleistungen. Denn „Social Security“, in einer Doppelbedeutung der dynamischen „sozialen Sicherung“ und der statischen „sozialen Sicherheit“, wolle die Geborgenheit nicht nur den Arbeitsunfähigen, den Alten und den Erwerbslosen geben. Zur optimalen sozialen Sicherheit gehören nach Auerbach Vollbeschäftigung, Arbeitsschutz und rechtlich gesicherter ausreichender Lohn.⁴⁸

Von den meisten Autoren wird der Begriff der sozialen Sicherheit übereinstimmend als eine Gesamtheit der Sozialvorsorge, Fürsorge und Versicherung verstanden.⁴⁹ Wobei anzumerken ist, dass Bogs diese Begrif-

⁴⁴ A.a.O. S. 396.

⁴⁵ A.a.O.

⁴⁶ A.a.O.

⁴⁷ Auerbach, Mut zur Sozialen Sicherheit, kleine Schriften zur Sozialpolitik und zum Arbeitsrecht, Köln 1955, S. 10.

⁴⁸ A.a.O.

⁴⁹ Wannagat, Lehrbuch des Sozialversicherungsrechts, Band I, Tübingen 1965, S. 35; Ausf. dazu siehe: Schmid, Sozialrecht und Recht der sozialen Sicherheit; Die Begriffsbildung in Deutschland, Frankreich und der Schweiz, Band 5, Berlin 1981. S. 131 m.w.N.

fe in seinem Gutachten als „Gestaltungsprinzipien sozialer Sicherung“ behandelt.¹

In seinem Aufsatz „soziale Sicherheit als Rechtsbegriff,“² äußerte hingegen Friedrichs, dass weder im Grundgesetz noch in der einfachen Gesetzgebung eine Legaldefinition gegeben wird. Der Autor stellt fest, dass der Gesetzgeber hier offenbar an im Ausland unter diesen Bezeichnungen bekannte Erscheinungen anknüpfen wolle. Die Aufteilung des Begriffs im engeren und weiteren Sinne hält er für nicht „zweckmäßig“, denn eine derartige doppelte Begriffsbildung „würde eher verwirren als klären“: „Dann wären die Rechtsgebiete wie Kranken-, Unfall-, Renten- und Arbeitslosenversicherung sowie des Kindergeldwesens der sozialen Sicherheit im engeren Sinne, derjenigen im weiteren Sinne aber alle darüber hinausgehenden Rechtsgebiete zuzurechnen, ohne dass es möglich wäre, hier eine feste Grenze zu ziehen.“³ Deshalb „sollte dem im internationalen Verkehr üblichen Begriff der sozialen Sicherheit auch in der Bundesrepublik Deutschland nur der Inhalt gegeben werden, der ihm international anerkanntermaßen gegeben wird.“ Der Begriff solle sich auf die Rechtsgebiete der Kranken-, Unfall-, Renten- und Arbeitslosenversicherung sowie des Kindergeldwesens erstrecken, die Fürsorge und Versorgung schließe der Begriff nicht ein.⁴

Die These Friedrichs wurde von manchen Autoren abgelehnt, einerseits aufgrund der Zielsetzung des Begriffs, andererseits wird darauf hingewiesen, dass seine „überkommene Flexibilität“ neben den unscharfen, national sehr unterschiedlichen Konturen seine weltweite Wirkung erkläre.⁵ Es wurde auch die These vertreten, die soziale Sicherheit erstrecke sich nicht nur auf die Versicherung, die Fürsorge oder Versorgung, sondern umfasse auch die Rechtsgebiete, wie das Arbeits- und Steuerrecht.⁶

Analog zum Sozialrechtsbegriff differenziert Zacher drei verschiede-

¹ Bogs, Grundfragen des Rechts der sozialen Sicherheit und seiner Reform, Sozialwissenschaftlichen Abhandlungen, Band 3, Berlin 1955, S. 15. ff.

² Friedrichs, Soziale Sicherheit als Rechtsbegriff, JZ 1967, S. 278 ff.

³ A.a.O. S. 281.

⁴ A.a.O.

⁵ Rohwer-Kahlmann/ Frentzel, Das Recht der sozialen Sicherheit, Schriftenreihe der Zeitschrift „Wege zur Sozialversicherung“, Bad-Godesberg 1969, S. 28, m.w.N.

⁶ A.a.O, S. 21.

ne Ebenen der Begriffsbildung: Als Erstes ist die pragmatische Begriffsbestimmung zu nennen, der das Sozialversicherungsrecht, die Kriegsopferversorgung und anderes soziales Entschädigungsrecht, allgemeine und besondere Ausgleichssysteme zugeordnet werden können. In Anlehnung an die internationalen Rechtsakten kann – so Zacher – ein positiver Begriff herausgebildet werden. Außerdem ist noch der prinzipielle Begriff der sozialen Sicherheit zu nennen.

Zur Abgrenzung des Begriffs des Sozialrechts von dem der sozialen Sicherheit bemerkte Zacher in seinem Aufsatz, der Begriff der sozialen Sicherheit sei enger zu ziehen als der des Sozialrechts, denn die sozialpolitische Aufgabe der Sozialpolitik muss mehr als soziale Sicherheit bedeuten.⁷

Gemäß § 1 SGB I bezweckt das Recht des Sozialgesetzbuchs, soziale Gerechtigkeit und soziale Sicherheit zu verwirklichen. Auf der gesetzgeberischen Ebene findet sich keine Legaldefinition zum Begriff der sozialen Sicherheit. § 1 SGB I ist aber eine Norm, die für die Gewinnung des Begriffsinhalts der sozialen Sicherheit fruchtbar gemacht werden kann. Als Erstes steht das Ziel, durch die soziale Sicherheit ein menschenwürdiges Dasein zu sichern. Im Hinblick auf den Art. 1 GG bedeutet dies die Sicherung des Existenzminimums bei Eintritt prekärer Wechselfälle des Lebens.

Die Entwicklung und übergreifende Rolle der Formen privater Vorsorge betrachtend, erscheint die in der Literatur vertretene Ansicht über die Einengung des Begriffs der sozialen Sicherung auf den Bereich der Einrichtungen und Maßnahmen, die in staatlicher Trägerschaft liegen, zu eng.

In der Literatur hat sich der international anerkannte, in dem IAO-Übereinkommen Nr. 102 und in Art. 3 VO (EG) 883/2004 definierte Begriff der „sozialen Sicherheit“ durchgesetzt. In Anlehnung an die von IAO-Übereinkommen Nr. 102 und Art. 3 VO (EG) 883/2004 aufgeführte Formel fallen unter den Begriff der sozialen Sicherheit nach der gängigen Auffassung die Systeme sozialer Vorsorge, die beim Eintritt sozialer Risiken wie Krankheit, Erwerbsunfähigkeit, Mutterschaft, Alter, Invalidität, Tod, Arbeitsunfall, Berufskrankheiten, Arbeitslosigkeit und Familienunterhalt, durch Geld-, Dienst- und Sachleistungen sozialen Schutz gewähren.⁸

Ungeachtet dessen, dass kaum einheitliche Kriterien der Begriffsbestimmung auf nationaler Ebene herausgebildet wurden, ist jedoch fest-

⁷ Zacher, Was ist Sozialrecht, in: Sozialrecht in Wissenschaft und Praxis, FS für Horst Schiecke, Percha 1978, S. 378 ff.

⁸ Eichenhofer, Sozialrecht, 10. Aufl., Tübingen 2017, S. 8.

zuhalten, dass die Absicherung der klassischen Risiken – unabhängig von ihrer Finanzierungsarten – den Hauptteil der sozialen Sicherheit bildet.

Der Begriff beinhaltet „Daseinssicherung bei Bedürftigkeit, Einkommenssicherung bei Eintritt sozialer Risiken (Krankheit, Erwerbsunfähigkeit, Unfall, Alter, Tod des Elternteils oder Ehegatten), sowie die Förderung des Einzelnen und seiner Familie.“⁹

Der Begriff beruht auf der Gegenseitigkeit zwischen „jedermann“ und der Gesellschaft und beinhaltet das Jedermannsrecht auf eine Mindestsicherung „in Gestalt von Grundsicherung, Sozial- oder Jugendhilfe“; als Gegenleistung habe „jedermann“ gegenüber der Gesellschaft eine Arbeit zu erbringen.¹⁰ Zu dem sozialen Sicherheitssystem gehören neben der Versicherung, Sozialversorgung und der Sozialhilfe auch die Beamtenversorgung und die soziale Fürsorge.

c. Fazit

Das Recht der sozialen Sicherheit ist in der Tat ein international- und europarechtlich anerkanntes Menschenrecht. In den 1880er Jahren schuf Deutschland als erster Staat die Sozialversicherung. Der Terminus ist jedoch ausländischen Ursprungs, und taucht erst Jahre später in einer Botschaft von USA-Präsidenten Roosevelt. „Amerika lieferte einer Epoche ein Stichwort von geradezu magischer Symbolkraft, und prägte damit eine Ära der Sozialpolitik.“¹¹

In den Folgejahren sind im Bereich der sozialen Sicherheit auf nationaler, regionaler und internationaler Ebene bedeutende Entwicklungen zu beobachten. Aufgrund seiner außerordentlichen Einflußkraft fand der Begriff in zahlreichen Dokumenten seinen Niederschlag.

Nachdem Präsident Roosevelt diesen Ausdruck in seiner Rede geprägt hatte (1934), diente der Begriff als name für die Sozialversicherungsgesetze Perus (1936) und Neuseeland (1938). Die weitere Verbreitung des Begriffs ist sowohl auf der einfachgesetzlichen als auch auf der internationalen Ebene zu beobachten.

Er tauchte in der Atlantikcharta und allgemeinen Erklärung der Menschenrechte auf, und wurde als Bestandteil der ILO-Verfassung in der Konvention 102 und in Artikeln 12 der Europäischen Sozialcharta niedergelegt.

Angesichts dieser universellen Verbreitung sind die definatorischen

⁹ A.a.O.

¹⁰ A.a.O., S. 9.

¹¹ Eichenhofer, Fünzig Jahre Social Security Act; Die Sozialgerichtsbarkeit 13/84, S. 568.

Grenzen des Begriffs verschwommen, eine begriffliche Klarheit zu erzielen, stellt eine große Herausforderung dar.

Eine Definition, der der Rang einer Legaldefinition zugesprochen werden kann, ist nicht zu finden. In der Literatur hat sich jedoch der international anerkannte, in dem IAO-Übereinkommen Nr. 102 und in Art. 3 VO (EG) 883/2004 definierte Begriff der „sozialen Sicherheit“ durchgesetzt. Unabhängig davon, wer Verantwortung für die Ausübung des Menschenrechts auf soziale Sicherheit übernimmt, umfasst der Begriff der Sozialen Sicherheit soziale Vorsorge, Versicherung, Sozialversorgung und die soziale Fürsorge.

Prof. Dr. Frank Neubacher

Gewalt im Jugendstrafvollzug – Ein Überblick über Ergebnisse des Kölner Forschungsprojekts¹

1. Problem und Forschungsstand

Fast jeder hat von der brutalen Ermordung eines Jugendstrafgefangenen durch Mithäftlinge im November 2006 in der JVA Siegburg unweit von Köln gehört. Deutlich weniger wissen, dass ein sehr ähnliches Verbrechen im Oktober 2001 auch in der Jugendstrafanstalt Ichttershausen in Thüringen geschah. Und kaum jemand konnte bis vor kurzem mit einiger Sicherheit sagen, wie es um das Problem der Gewalt unter Gefangenen im bundesdeutschen Justizvollzug bestellt ist. Eine Studie des Kriminologischen Dienstes NRW deutete 2006 zwar an, dass das Problem möglicherweise größer war als zunächst vermutet und dass der Jugendstrafvollzug ungleich stärker betroffen ist als der Erwachsenenvollzug (*Wirth* 2006). Es handelte sich jedoch um eine Auswertung bekannt gewordener Fälle mit Hilfe der verfügbaren Gefangenenpersonalakten, so dass das Dunkelfeld der Gewalt unter Gefangenen (und damit auch das Größenverhältnis zwischen Hell- und Dunkelfeld) unbekannt blieb. Die Relevanz der Forschung zur Gewalt unter Gefangenen ist damit klar umrissen.

Der Forschungsstand in Deutschland war vergleichsweise „dünn“ (Überblick bei *Suhling & Rabold* 2013), wenn man sich vergegenwärtigt, dass im angloamerikanischen Sprachraum das Phänomen schon des öfteren beforscht (*Allard, Wortley & Stewart* 2008; *Ireland & Ireland* 2008; *Mears, Stewart, Siennick & Simons* 2013) und in den USA 2003 sogar ein „Prison Rape Elimination Act“ verabschiedet wurde (s. *Struckman & Struckman* 2013). Das Siegburger Verbrechen hat hierzulande aber zu einer Sensibilisierung beigetragen, nicht zuletzt in der Wissenschaft, bei den Landesjustizverwaltungen und in den Anstalten, die die beiden

¹ Der Beitrag wurde erstmals in Heft 5/2014 der Fachzeitschrift „Forum Strafvollzug“ publiziert. Mein Dank gilt der Herausgeberin, der Gesellschaft für Fortbildung der Strafvollzugsbediensteten e.V., für die freundliche Genehmigung zum Wiederabdruck. Für einen Überblick über alle projektrelevanten Veröffentlichungen und Informationen s. die Projekt-Homepage: <http://www.kriminologie.uni-koeln.de/projekt-gewusst-publikationen.html>.

deutschen Forschungsvorhaben am Kriminologischen Forschungsinstitut Niedersachsen (KFN) in Hannover und am Institut für Kriminologie der Universität zu Köln ermöglicht hat. In beiden Projekten wurde im Frühjahr 2011 zeitgleich mit der Datenerhebung begonnen. Da an dieser Stelle über das Hannoveraner Projekt schon berichtet wurde (*Baier & Bergmann 2013*; zum Vergleich der beiden Projekte s. *Kreuzer 2014* sowie *Neubacher 2014*), soll hier vom Kölner Projekt die Rede sein.

2. Anlage und Ziele der Kölner Studie

Ausgangspunkt unserer konzeptionellen Überlegungen² war der Befund, dass es an Dunkelfeld- und Längsschnittdaten fehlte und dass wenigstens eine Kontrollgruppe zu Vergleichszwecken einbezogen werden sollte. In den beiden letzten der drei genannten Punkte unterscheidet sich die Kölner Studie vom Hannoveraner Projekt. Außerdem wurde das Vorgehen ergänzt um Interviews mit Gefangenen und um die Analyse von Gefangenenpersonalakten, die einen direkten Abgleich von Hell- und Dunkelfeld ermöglichen sollte. Insgesamt ging es also darum, in einem „mixed methods approach“ quantitative und qualitative Forschungsmethoden zu kombinieren und die Studie längsschnittlich anzulegen (s. *Neubacher, Oelsner, Boxberg & Schmidt 2011*; *Neubacher, Oelsner & Schmidt 2012*).

Für die Studie wurde der geschlossene Jugendstrafvollzug in Nordrhein-Westfalen und Thüringen ausgewählt. Der größte Teil der Daten wurde über einen gut vierzig Seiten starken Fragebogen erhoben, für dessen Beantwortung die Gefangenen zwischen 45 und 90 Minuten benötigten. Die Befragung erfolgte in Gruppen von je 10-15 Gefangenen in einem Schulungsraum der Anstalten oder einem anderen geeigneten Raum. Bedienstete waren nicht anwesend, es standen aber zwei Mitglieder des Forschungsteams bereit, um etwaige Fragen zu beantworten und einen gleichförmigen Ablauf sicherzustellen. Die Befragung wurde insgesamt viermal, nämlich jeweils im Abstand von drei Monaten (Mai 2011, August 2011, November 2011, Februar 2012), in den beteiligten Anstalten (Heinsberg, Herford, Ichttershausen mit Zweigstelle Weimar) durchgeführt. Als Kontrollgruppe dienten 212 Bewährungsprobanden, die mit dem gleichen Fragebogen ebenfalls viermal befragt wurden – allerdings

² Für seinen unermüdlichen Einsatz danke ich dem gesamten Forschungsteam, für eine kritische Durchsicht dieses Textes und wertvolle Anregungen meinen Mitarbeitern *Verena Boxberg* (v.a. zum quantitativen Teil) und *Holger Schmidt* (zum qualitativen Teil).

auf postalischem Wege. Als zweite Kontrollgruppe fungierten Studierende, die einmalig befragt wurden.³ Die vielfältigen Facetten von Gewalt (z.B. psychische Gewalt, physische Gewalt, sexuelle Gewalt, Zwang/Erpressung) wurden bei der Bildung von 24 Items berücksichtigt, die der DIPC-Scaled (Ireland & Ireland 2008) entsprechend nachgebildet waren. Der gesamte Fragebogen war im Oktober 2010 mit Jugendstrafgefangenen der JVA Siegburg einem Pretest unterzogen worden.

Zusätzlich wurden insgesamt 36 problemzentrierte Interviews geführt. Diese fanden unter vier Augen in den Anstalten statt. Die mit Wissen und Zustimmung der Gefangenen aufgezeichneten Gespräche (insgesamt über 60 Stunden) wurden später transkribiert und so bearbeitet, dass Rückschlüsse auf einzelne Interviewpartner ausgeschlossen sind. Sofern die Gefangenen auch hierin schriftlich einwilligten, wurden ihre Gefangenenpersonalakten analysiert. Die Teilnahme an der Untersuchung war selbstverständlich freiwillig. In den beteiligten Anstalten gaben in der ersten Welle 386 Gefangene, in der zweiten Welle 430 Gefangene, in der dritten Welle 453 Gefangene und in der vierten Welle 500 Gefangene ihren ausgefüllten Fragebogen ab. Damit stieg die Teilnahmequote von zunächst 62% über 67% und 70% auf zuletzt 74% an. Darüber hinaus erklärten sich 62% aller Gefangenen mit einem Interview einverstanden, 91% willigten in die Auswertung ihrer Akte ein. Was die Interviews betraf, so wurden die Gesprächspartner ausgelost. Von den Akten, die ebenfalls nach dem Zufallsprinzip gezogen wurden, konnten aus Zeitgründen lediglich 223 ausgewertet werden.

Durch die fortlaufende finanzielle Unterstützung der Deutschen Forschungsgemeinschaft (DFG) konnte das Projekt zwischenzeitlich mit derselben Methodik (Ausnahme: Kontrollgruppe von Bewährungsprobanden) auf weibliche Jugendstrafgefangene ausgedehnt werden. Gegenwärtig (Stand: Juni 2014) wird die dritte Befragungswelle durchgeführt. Beteiligt sind junge Frauen, die in Anstalten in Köln (Nordrhein-Westfalen), Schwäbisch Gmünd (Baden-Württemberg), Aichach (Bayern) und Chemnitz (Sachsen und Thüringen) inhaftiert sind. Die Teilnahmequoten haben sich ähnlich erfreulich entwickelt wie bei den männlichen Befragten. Für die nachfolgende Darstellung können allerdings nur Daten jener 78 weiblichen Gefangenen berücksichtigt werden, die in der ersten Welle befragt wurden. Diese waren zum Zeitpunkt der Befragungen durchschnittlich 19 Jahre alt und zu 60% wegen Gewaltdelikten verurteilt worden. Der Anteil

³ Diese Daten wurden noch nicht ausgewertet.

der wegen Eigentumsdelikten Verurteilten ist entsprechend etwas höher (Frauen: 29%, Männer: 21%).

3. Forschungsergebnisse

a) Befragungsdaten

Die 882 männlichen Jugendstrafgefangenen, die an der Studie teilnahmen, waren zum Zeitpunkt der Befragung im Durchschnitt 20 Jahre alt. Der Anteil der Nichtdeutschen belief sich auf 18,3%, weitere 29,5% waren deutsche Staatsangehörige mit Migrationshintergrund. 53% der Befragten verfügten über keinen Schulabschluss, 69% waren wegen eines Gewaltdelikts in Haft, meistens wegen Körperverletzungs- und Raubdelikten. 99% der Befragten wiesen eine oder mehrere Vorstrafen auf. Zum Zeitpunkt der Inhaftierung waren ein Drittel arbeitssuchend; 59% der Befragten konsumierten vor ihrer Inhaftierung „täglich“ oder „fast täglich“ illegale Drogen, hauptsächlich Cannabis.

Die Gefangenen waren danach gefragt worden, ob sie eine von 24 Gewaltformen in den zurückliegenden drei Monaten selbst ausgeübt haben bzw. ob sie ihnen selbst widerfahren ist (kombinierte Täter-/Opferbefragung). Diese Verhaltensformen wurden zu sechs Kategorien von Gewalt zusammengefasst. Beispielsweise verbergen sich hinter „psychischer Gewalt“ Verhaltensweisen wie „Ich habe jemanden absichtlich ignoriert oder ausgeschlossen“ oder „Ich habe Mitgefangene gegen andere Gefangene aufgehetzt“, während unter „physischer Gewalt“ die Anwendung („Ich habe einen anderen Gefangenen getreten oder geschlagen“) oder Drohung mit physischer Gewalt („Ich habe anderen Gefangenen Gewalt angedroht“) verstanden wurde. Um die graduellen Abstufungen möglichst trennscharf erfassen zu können, wurde eine Kategorie gebildet, die durchaus auch in einem strafrechtlichen Sinne als (versuchte oder vollendete) Körperverletzung zu bewerten ist und die ausschließlich die beiden folgenden Items umfasste: „Ich habe einen anderen Gefangenen getreten oder geschlagen“ sowie „Ich habe einen anderen Gefangenen absichtlich verletzt“.⁴

Erwartungsgemäß sind Formen psychischer Gewalt (z.B. Ignorieren, Hetzen, Lästern) weit verbreitet. Ausweislich der Täterangaben waren es – je nach Messzeitpunkt – zwischen 80 und 90% der Gefangenen, die einräumten, in den drei Monaten vor der Befragung ein entsprechendes Verhalten an den Tag gelegt zu haben. Auf Formen physischer Gewalt (ein-

⁴ Eine Aufstellung aller Items wird auf Wunsch gerne zur Verfügung gestellt.

schl. Schlägerei anfangen, Gewalt androhen) hatten zwischen 62% und 68% der Befragten, also rund zwei Drittel, zurückgegriffen. Diese Zahlen sprechen für eine große Verbreitung diverser Facetten der Gewalt. Es ist sicher nicht zu weit hergeholt, wenn man davon spricht, dass Gewalt in ihren unterschiedlichen Formen ein alltägliches Phänomen im Jugendstrafvollzug ist. Diese Aussage wird man selbst dann aufrechterhalten müssen, wenn man sich der Gewalt im engsten Sinne zuwendet und sie auf manifeste Körperverletzungen beschränkt. Fast jeder zweite Gefangene (zwischen 42% und 47%) gab sich insoweit – bezogen auf die letzten drei Monate – als Täter zu erkennen. Auch der Anteil von 42% bis 44% der Gefangenen, die „Zwang“ oder „Erpressung“ einräumten, ist beträchtlich. Immerhin wurden unter dieser Kategorie Verhaltensweisen gefasst, die für eine funktionierende Gefangenenkultur typisch sind (z.B. „Abziehen“; einen anderen Gefangenen zur Abgabe seines Einkaufs veranlassen; einen Mitgefangenen Arbeiten verrichten lassen; einen Gefangenen zwingen, für jemanden zu lügen). Sexuelle Gewalt (einschl. sexueller Belästigung) tritt offenbar vergleichsweise selten auf. Hier lagen die Täterangaben zwischen 1% und 4%. Die Prävalenzraten der 78 jungen Frauen liegen etwas unterhalb des Niveaus ihrer männlichen Altersgenossen, allerdings fällt der Abstand bisher geringer aus als vermutet. Auf der Grundlage der Täterangaben ist der Abstand bei psychischer Gewalt (Männer: 82%, Frauen: 60 von 78) und körperlicher Gewalt (Männer: 62%, Frauen: 43 von 78) deutlich geringer als bei „Körperverletzung“ und „Zwang/Erpressung“ (Männer: jeweils 41%, Frauen: jeweils 23 von 78).⁵

Die Inzidenz (Häufigkeit) einschlägiger Vorfälle wurde durch die Antwortkategorien „nie“, „selten“, „manchmal“ und „oft“ erfasst. Obwohl wie gesehen sehr viele männliche Gefangene eigene Gewaltausübung einräumten, geschah das im jeweiligen Zeitraum nicht oft. Die Gefangenen wählten jedenfalls zum ganz überwiegenden Teil die Kategorie „selten“. Wenn man also zu Recht von der Alltäglichkeit der Gewalt im Jugendstrafvollzug spricht, muss man sie dahingehend präzisieren, dass sie zwar täglich um einen Gefangenen herum geschieht und insoweit auch nicht ohne Eindruck auf ihn bleiben wird, dass er sie aber nicht selbst in eigener Person täglich erleidet. Eine weitere Relativierung ergibt sich daraus, dass

⁵ Geringfügige Abweichungen bei den Prävalenzraten der jungen Männer sind damit zu erklären, dass beim Geschlechtervergleich nur die Angaben der Befragten zum ersten Messzeitpunkt berücksichtigt wurden und die entsprechenden Werte mit zunehmender Dauer der Haft ansteigen.

die Kontrollgruppe der Bewährungsprobanden, selbst bei Parallelisierung der Vergleichsgruppen (im Wege des propensity score matching) durchgehend stärker mit Gewalt belastet war als die Gefangenengruppe (s. *Boxberg, Wolter & Neubacher 2013*). Das Forschungsteam interpretiert diesen Befund vor dem Hintergrund unterschiedlicher Tatgelegenheitsstrukturen auf eine zunächst paradox anmutende Weise. Denn obwohl alles dafür spricht, dass die Situation in Haft mit dafür sorgt, dass gewaltaffine Gefangene aufeinander treffen und dann auch aufeinander losgehen, gelingt es den Vollzugsbediensteten gleichzeitig, durch ein relativ hohes Maß an Aufsicht und Kontrolle die Gelegenheiten zu reduzieren und gleichsam „den Deckel draufzuhalten“. Davon kann bei vergleichbaren jungen Männern auf freiem Fuß, die weitgehend ungehindert ihre Kreise ziehen, nicht die Rede sein.

Der Umstand, dass sich die Möglichkeit von Gewalt im Jugendgefängnis jederzeit realisieren kann, führt bei einem großen Teil der jungen Inhaftierten nachvollziehbar zu Verunsicherung. Die Aussage „Ich fühle mich im Gefängnis vor Übergriffen sicher“ bejahten zum ersten Messzeitpunkt 47% der männlichen Befragten (und 41 von 78 weiblichen Befragten). Umgekehrt darf man daraus schließen, dass sich rund jeder zweite Jugendstrafgefangene nicht sicher fühlt. Brennpunkte der Gewalt sind bedingt festzustellen. Auf die offene Frage nach den Orten der erlebten Gewalt benannten die Gefangenen mit Abstand am häufigsten die Freistunde und den Haftraum. Dahinter rangierten Angriffe während der Arbeit, im Duschaum, auf dem Flur (der Abteilung) und während des Sports. Ziemlich selten wurden dagegen Schulräume, der Besucherraum, das Wartezimmer beim Arzt und ein Transport erwähnt. Andererseits macht die Aufzählung deutlich, dass sich Gewalt letztlich überall ereignen kann.

Besonders fiel ins Auge, dass die Gruppe der männlichen Gefangenen, die sowohl Täter- als auch Opferangaben machten (d.h. für die zurückliegenden drei Monate mindestens jeweils ein Täter- und ein Opferitem bejahten), mit 70% sehr groß ist. Die Gruppe der „reinen Täter“ ist hingegen nur 17% groß, jene der „reinen Opfer“ noch kleiner. Am kleinsten ist mit rund 5% die Gruppe der Nichtinvolvierten, das sind jene, die weder Täter- noch Opfererfahrungen berichteten. Eine schematische Betrachtungsweise, die trennscharf nach Tätern und Opfern unterscheidet, geht an der offenbar komplexeren Realität vorbei. Wer gestern noch anderen seinen Willen aufzwingen konnte, wird morgen vielleicht schon auf einen Stärkeren treffen. Jeder muss also damit rechnen, taxiert und auf die Pro-

be gestellt zu werden. Jeder muss auch bereit sein, sich selbst zu behaupten, um „seine Ruhe zu haben“, wie eine oft zu hörende Redewendung der Gefangenen lautet. In einem längsschnittlichen Strukturgleichungsmodell lässt sich mit unseren Daten nachweisen, dass eine über die Zeit zunehmende psychische Gewalt der Gefangenen kausal auf eine Viktimisierung zu einem früheren Messzeitpunkt zurückzuführen ist (*Häufle & Wolter*). Mit anderen Worten: Wer zum Opfer wird, unterliegt dadurch einem erhöhten Risiko, zu einem späteren Zeitpunkt als Täter in Erscheinung zu treten. Allerdings muss er dabei nicht unbedingt auf das letzte Mittel der körperlichen Gewalt zurückgreifen, soweit es ihm gelingt, seine Wehrhaftigkeit verbal oder durch ein entsprechendes Auftreten zu demonstrieren. Das Geschehen ist in jedem Fall sehr dynamisch, ein Wechsel zwischen den einzelnen Gruppen ist die Regel. Dabei erweist ein Vergleich zwischen Tätern und Opfern, dass mit Gewaltausübung in der Tätergruppe erwartungsgemäß bestimmte Einstellungen einhergehen, die Gewalt begünstigen, nämlich Akzeptanz von Gewalt, Männlichkeitsvorstellungen sowie eine positive Einstellung zu subkulturellen Werten und Verhaltensweisen (*Häufle, Schmidt & Neubacher* 2013, 30).

Mit der Dauer der Inhaftierung steigt die Zahl derer, die auf massive Formen der Gewalt zurückgegriffen haben. Von den 100 männlichen Jugendstrafgefangenen, die zu allen Messzeitpunkten an der Befragung teilnahmen, haben nach eigenen Angaben 74 wenigstens einmal in den 12 Monaten eine Körperverletzung begangen. 28 Häftlinge räumten bei jedem der vier Messzeitpunkte ein, in den zurückliegenden drei Monaten einen anderen Gefangenen am Körper verletzt zu haben; weitere 13 gaben das bei drei der vier Messzeitpunkte zur Antwort. Eine multivariate Korrespondenzanalyse ergab, dass diese „Körperverletzer“ ungleich auf die Anstalten verteilt waren und dass die ausgeübte Gewalt in deutlichem Zusammenhang mit der Zustimmung zur Gefangenenkultur stand (*Ernst/Neubacher*). Hieraus folgt, dass haftspezifischen Umständen bzw. einem lokalen „Anstaltsklima“ durchaus große Bedeutung zukommt. In eine ähnliche Richtung weisen unsere Befunde zur Rolle der „Verfahrensgerechtigkeit“ (im Ausland „procedural justice“, s. *van der Laan & Eichelsheim* 2013). Es ließen sich drei Faktoren identifizieren, die in etwa gleichem Maße auf das Ausüben „physischer Gewalt“ wirkten, nämlich der Autonomieverlust, ein junges Alter der Inhaftierten sowie die Dauer ihrer Inhaftierung. Füge man in dieses Modell die Variable „Verfahrensgerechtigkeit“ ein (erfasst durch items wie „die Gefangenen

werden von den Bediensteten mit Respekt behandelt“, „die Bediensteten erklären den Gefangenen ihre Entscheidungen“), so wurde nicht nur der ungünstige Einfluss des Autonomieverlusts abgemildert, sondern es ergab sich ein davon unabhängiger negativer Effekt der „Verfahrensgerechtigkeit“ auf „physische Gewalt“. ⁶ Das bedeutet, dass Gefangene, die sich fair behandelt fühlen, trotz ansonsten widriger Umstände nachweisbar weniger gewalttätig sind.

b) Interviews

Die qualitativen Interview-Daten stützen und erweitern die Erkenntnisse aus den Fragebögen. Sie bestätigen die subjektive Notwendigkeit, sich (auch) in Haft mit den erforderlichen Mitteln zu „beweisen“, damit die anderen „nicht auf einem rumhacken“, einem Anerkennung zollen oder man endlich „seine Ruhe hat“. Damit verweisen sie auf die Wirkmächtigkeit subkultureller Normen. Denn wie sich aus den Interviews ergibt, ist das Unter-Beweis-Stellen physischer Stärke die häufigste Selbstbehauptungsstrategie – und auch jene, die den eigenen Status wahrt. Das würden die meisten Gefangenen von der Alternative, sich in einer „geschützten Abteilung“ unterbringen zu lassen, nicht sagen, die eher als stigmatisierend und der eigenen Reputation abträglich angesehen wird (*Häufle, Schmidt & Neubacher 2013*). Zugleich haben die Gefangenen das Gebot, keinen anderen Gefangenen zu „verzinken“, mehrheitlich verinnerlicht („sagt man nicht“, „sowas klärt man unter sich“).

Verknüpft man die in Haft ausgeübte Gewalt mit der vorinstitutionellen Biographie der jungen Männer, so zeigt sich, dass vor allem die im familiären Kontext erlittenen Ohnmachts- und Missachtungserfahrungen von Bedeutung sind (dazu eingehend *Schmidt 2013*). Denn sowohl die Fragebögen als auch die Interviews offenbaren ein erschreckend hohes Maß an familialer Gewalt, von der annähernd 60% der Gefangenen betroffen sind (*Häufle, Schmidt & Neubacher 2013*). Die qualitativen Daten legen nahe, dass die in der Familie missachteten *Anerkennungsbedürfnisse* mitunter in gewaltsam eingeforderte *Anerkennungsansprüche* umschlagen: Die jungen Männer fordern Respekt ein, verteidigen sich „ehrfach“ gegen Beleidigungen und erfahren auf diese Weise einen Reputationsgewinn. Diese Momente eines *Kampfes um Anerkennung* zeigen sich außerhalb wie innerhalb des Gefängnisses. Der hierarchischen Gefangenenkultur

⁶ Einzelheiten dieses Strukturgleichungsmodells bleiben einem gesonderten Beitrag von *Verena Boxberg* vorbehalten, der demnächst schriftlich niedergelegt wird.

tur kommt auch in diesem Zusammenhang eine gewaltbegünstigende Rolle zu; jedenfalls scheint sie besonders von jenen Gefangenen als anerkennungsstiftendes Identitätsangebot wahrgenommen zu werden, die wiederholte und schwere innerfamiliäre Viktimisierungen erlitten haben. Bei nicht wenigen dieser Gefangenen kommt es während der Freiheitsstrafe zu einem Wiederaufleben habitualisierter Handlungsmuster und zu einem Anknüpfen an lebensgeschichtliche Leitmotive eines gewaltförmigen Kampfes um Anerkennung. Die Gefangenen beschreiben die Gewalt hinter Gittern überdies als normal, berechenbar und regelgeleitet. Ihrer Aussage nach weiß man, „wie Haft läuft“. Dies steht in einem Kontrast zu der oft als überfallartig und zunächst unerklärlich geschilderten Gewalt in Kindheit und Jugend.

c) Hellfeld-Dunkelfeld-Relation

Um die Hellfeld-Dunkelfeld-Relation näher zu bestimmen, wurden durch Los 223 Gefangenenpersonalakten von Gefangenen (Hellfeld) gezogen und mit den Fragebögen derselben Gefangenen (Dunkelfeld) abgeglichen. Um den Untersuchungsgegenstand möglichst präzise einzugrenzen, erfolgte eine Beschränkung auf drei Items aus dem Fragebogen, die sich alle auf strafrechtlich relevante Vorfälle bezogen („einen anderen Gefangenen absichtlich verletzt“, „einen anderen Gefangenen getreten oder geschlagen“, „absichtlich eine Schlägerei angefangen“). Die Häufigkeit der im Fragebogen berichteten Taten ließ sich dabei nicht exakt bestimmen, weil die Antwortvorgaben die Häufigkeit nur ungefähr bezeichneten („nie“, „selten“, „manchmal“, „oft“). Die Antwort „selten“ wurde deshalb als eine Tat gezählt, bei der Antwort „manchmal“ oder „oft“ wurde von zwei Taten ausgegangen. Es kann also gesagt werden, dass wir bei der Abschätzung der Hellfeld-Dunkelfeld-Relation sehr konservativ vorgegangen sind. Im Ergebnis gaben sich 84 der Gefangenen als Täter zu erkennen, von denen 25 als solche in den Akten erfasst waren, aber nur 16 mit Gewalt gegen einen Mithäftling (die restlichen 9 Fälle betrafen Vorkommnisse im Verhältnis zu Bediensteten). Das entspricht einer Relation von 1 zu 5,3, d.h. auf einen bekannt gewordenen Täter kommen 5 unerkant Gebliene. Bei den Taten bzw. Vorfällen ist das Dunkelfeld noch größer: Hier entfielen auf 23 bekannt gewordene Fälle bei – wie gesagt: sehr zurückhaltender – Bestimmungsweise mindestens 149 Fälle von Gewalt, so dass die Relation mit 1 zu 6,5 anzusetzen ist.⁷

⁷ Hierzu wird demnächst ein Beitrag von *Wolter & Häufle* veröffentlicht werden.

4. Diskussion

Naturgemäß macht die Zusammenballung so vieler Gefangener, die wegen Gewaltdelikten verurteilt wurden, einen Teil des Gewaltproblems aus. Insofern ist nicht zu leugnen, dass Gefangene Probleme in den Vollzug hereinbringen (Importation). Darüber dürfen jedoch Einflüsse des Strafvollzugs nicht aus dem Blick geraten. In unserer Untersuchungsgruppe weisen diejenigen Gefangenen, die infolge einer Vorinhaftierung bereits hafterfahren sind, eine erhöhte Wahrscheinlichkeit auf, zu physischer Gewalt zu greifen und gegen Mitgefangene Zwang auszuüben bzw. sie zu erpressen. Da sie zugleich ein geringeres Risiko haben, von anderen attackiert zu werden, und sich auch vor Übergriffen sicherer fühlen, spricht alles für Gewöhnungs- und Lerneffekte im Hinblick auf Gewalt. Signifikante Zusammenhänge waren zwischen den einzelnen Gewaltformen und der Deprivation der Gefangenen festzustellen. Das gilt für den Autonomieverlust, aber auch im Hinblick auf sexuelle Deprivation sowie die Angst vor körperlichen Übergriffen. Diese Befunde stützen die Annahmen der Deprivationsthese, wonach es die Lebensumstände in Haft sind, die die vollzugstypischen Verhaltensprobleme, gleichsam als kompensatorische Reaktion auf erlittene Entbehrungen, erzeugen. Bemerkenswert ist, dass die wahrgenommene Verfahrensgerechtigkeit über das Autonomieerleben eine deutlich reduzierende Wirkung auf alle Formen der Gewalt hat. Dieser Befund sendet ein deutliches Signal an die Vollzugsbehörden, dass sie den Gewaltphänomenen gegenüber nicht machtlos sind und über Aufsicht und Kontrolle hinaus durch faire Verfahrensweisen und Schulungen der Bediensteten (zu ihnen vgl. *Fehrmann* 2013) das Gewaltproblem weiter einhegen können.

Justizvollzug, und mehr noch: Gewalt im Justizvollzug, ist ein politisch heikles Thema. Die Sensibilität, um nicht zu sagen: Empfindlichkeit, ist deswegen auf allen Seiten hoch, sei es im Ministerium, in den Anstalten oder bei den Medien. Ein „Schwarzer-Peter-Spiel“ hilft aber niemanden weiter. Vollzugseinrichtungen sowie Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler sollten begreifen, dass sie Verbündete sind, wenn es darum geht, unvoreingenommen Schwachpunkte zu identifizieren und der Politik abzutrotzen, was notwendig ist, um die erforderlichen Veränderungen anzustoßen.

5. Kriminalpolitische Folgerungen

Die Gefangenensubkultur ist ein Dauerproblem des Strafvollzugs und scheint vom Wechsel der handelnden Personen, seien es Gefangene, seien es Bedienstete, weitgehend unabhängig. Der Jugendstrafvollzug ist daher vor das Paradoxon gestellt, die Gefangenen in einem Klima von Gewalt und Einschüchterung zu einem selbstbestimmten und gewaltfreien Leben zu befähigen. Wie soll das gehen? Zunächst darf es keine Option sein, sich mit vermeintlich unabänderlichen Gegebenheiten zu arrangieren. Der Strafvollzug ist es den Gefangenen und sich selbst gegenüber schuldig, die Initiative zu ergreifen und nötigenfalls immer wieder neue Wege und Instrumente auszuprobieren, bis das Problem wenigstens zurückgedrängt ist. Mit Rücksicht auf die etwa 30% Jugendstrafgefangenen, die nicht wegen Gewaltdelikten inhaftiert wurden und deswegen als gefährdet einzuschätzen sind, müssen Möglichkeiten der Haftvermeidung über ambulante jugendkriminalrechtliche Sanktionen konsequent genutzt werden. Wo das nicht möglich ist, muss eine Unterbringung im Jugendstrafvollzug in freien Formen oder im offenen Vollzug Vorrang haben, weil dort subkulturelle Erscheinungen nicht so stark ausgeprägt sind. Der seit einigen Jahren anhaltende Trend zu großen Vollzugsanstalten mit 400, 500 oder mehr Haftplätzen muss umgekehrt werden; stattdessen sind kleine Anstalten mit übersichtlichen Einheiten vorzusehen, die einem anonymen Anstaltsklima entgegenwirken. Bei der Belegung ist dem Problem der Unterdrückung durchgehend Rechnung zu tragen. Allen Gefangenen, und das gilt natürlich besonders für in der Entwicklung stehende Jugendstrafgefangene, sind hinreichend Ausbildungs-, Arbeits-, Freizeit- und Sportangebote zu machen, letztere auch an Wochenenden.

Weil die Macht der Subkultur nur dadurch zurückgedrängt werden kann, dass die Gefangenen mehr Zutrauen in die Problemlösungsfähigkeit der Anstalt als in jene der Subkultur haben, müssen Transparenz, Fairness und Berechenbarkeit des vollzuglichen Handelns vergrößert werden. Hierzu dürfte ein Anti-Gewalt-Konzept beitragen, das nicht notwendigerweise Strafanzeige und/oder Disziplinarmaßnahme als Standardreaktion vorsehen muss. Es ist fraglich, ob konstruktive Lernprozesse dadurch ausgelöst werden, dass man Gewalt mit einer sublimeren Form von Gewalt begegnet. Entscheidend wird sein, dass die Gefangenen nicht mehr Gewalt, sondern gewaltfreies Verhalten als Statusgewinn erfahren. Die Bediensteten müssen hierfür geschult, ihre Handlungssicherheit muss erhöht werden. In diesem Sinne liegt die Lösung des Gewaltproblems sicherlich eher in

„weichen“ Faktoren wie der Verbesserung des Anstaltsklimas als in technischen Sicherungsmaßnahmen. Das muss die videogestützte Überwachung von schwer einsehbaren Brennpunkten der Gewalt im Bereich von Gemeinschaftsflächen (also außerhalb des Haftraums) nicht ausschließen, aber zu viel sollte man sich davon auch nicht versprechen. Es sind gerade die Gewaltdelikte, bei denen Abschreckung durch Videoüberwachung an Grenzen stößt (s. *Allard, Wortley & Stewart* 2008, 414). Und nicht zuletzt muss in den jungen Gefangenen die Hoffnung genährt werden, dass noch nicht alles verloren ist, dass auch sie möglicherweise das Zeug haben, ein straffreies Leben zu führen und ihre Wünsche an die Zukunft zu erfüllen. Hierfür bedarf es einer realistischen Perspektive, zu der die Einsicht gehört, dass nur objektive und subjektive Faktoren gemeinsam zum Ziel führen werden, nämlich günstige objektive Bedingungen nach der Entlassung sowie eine große Entschlossenheit des Gefangenen.

Literaturverzeichnis

Allard, Troy J., Wortley, Richard K. & Stewart, Anna L. (2008): The effect of CCTV on prisoner misbehavior. *The Prison Journal*, 88 (3), 404-422

Baier, Dirk & Bergmann, Marie Christine (2013): Gewalt im Strafvollzug – Ergebnisse einer Befragung in fünf Bundesländern. *Forum Strafvollzug*, 62 (2), 76-83

Baier, Dirk, Pfeiffer, Christian & Bergmann, Marie Christine (2014): Beeinflussen Merkmale von Justizvollzugsanstalten das Gewaltverhalten der Gefangenen? in: Neubacher, Frank & Kubink, Michael (Hrsg.): *Festschrift für Michael Walter*. Berlin: Duncker & Humblot, 473-490

Bieneck, Steffen & Pfeiffer, Christian (2012): Viktimisierungserfahrungen im Justizvollzug. *KFN-Forschungsbericht Nr. 119*. Hannover: Kriminologisches Forschungsinstitut Niedersachsen

Boxberg, Verena, Wolter, Daniel & Neubacher, Frank (2013): Gewalt und Suizid im Jugendstrafvollzug – Erste Ergebnisse einer Längsschnittstudie, in: Dessecker, Axel (Hrsg.): *Justizvollzug in Bewegung*. Wiesbaden: Kriminologische Zentralstelle, 87-125

Ernst, André & Neubacher, Frank: Kontinuität oder Diskontinuität? – Was erklärt Gewaltverhalten im Jugendstrafvollzug?, in: Niggli, Marcel A. & Jehle, Jörg-Martin (Hrsg.): *Risiken der Sicherheitsgesellschaft. Sicherheit, Risiko und Kriminalpolitik*. Schriftenreihe der Kriminologischen Gesellschaft, Band 115. Mönchengladbach: Forum Verlag Godesberg (im Erscheinen)

Fehrmann, Sarah Elisabeth (2013): Der „ideale“ Bedienstete im Jugendstrafvollzug. *Forum Strafvollzug*, 62 (6), 378-387

Häufle, Jenny, Schmidt, Holger & Neubacher, Frank (2013): Gewaltopfer im Jugendstrafvollzug – Zu Viktimisierungs- und Tätererfahrungen junger Strafgefangener. *Bewährungshilfe*, 60 (1), 20-38

Häufle, Jenny & Wolter, Daniel: The Interrelation between Victimization and Bullying inside Young Offender Institutions. *Aggressive Behavior* (im Erscheinen)

Ireland, Jane L. & Ireland, Carol A. (2008). Intragroup Aggression among Prisoners: Bullying Intensity and Exploration of Victim-Perpetrator Mutuality. *Aggressive Behavior*, 34 (1), 76-87

Kreuzer, Arthur (2014): Gewalt in der Haft und gewaltpräventive Haftvollzugsgestaltung in: Baier, Dirk/Mößle, Thomas (Hrsg.), *Kriminologie ist Gesellschaftswissenschaft. Festschrift für Christian Pfeiffer zum 70. Geburtstag*, Baden-Baden: Nomos, 385-402

Mears, Daniel P., Stewart, Eric A., Siennick, Sonja E. & Simons, Ronald L. (2013): The code of the street and inmate violence: Investigating the salience of imported belief systems. *Criminology*, 51 (3), 695-728

Neubacher, Frank (2014): Aktuelle empirische Befunde der deutschen Kriminologie zur Gewalt unter Gefangenen, in: Baier, Dirk/Mößle, Thomas (Hrsg.), *Kriminologie ist Gesellschaftswissenschaft. Festschrift für Christian Pfeiffer zum 70. Geburtstag*, Baden-Baden: Nomos, 485-501

Neubacher, Frank, Oelsner, Jenny & Schmidt, Holger (2013): Gewalt und Suizid im Jugendstrafvollzug – Ein Zwischenbericht, in: Dölling, Dieter & Jehle, Jörg-Martin (Hrsg.): *Täter - Taten - Opfer. Grundlagenfragen und aktuelle Probleme der Kriminalität und ihrer Kontrolle. Schriftenreihe der Kriminologischen Gesellschaft, Band 114*. Mönchengladbach: Forum Verlag Godesberg, 672-690

Neubacher, Frank, Oelsner, Jenny, Boxberg, Verena & Schmidt, Holger (2012): Kriminalpolitik unter Ideologieverdacht – Wunsch und Wirklichkeit jugendstrafrechtlicher Sanktionierung, in: Rengier, Rudolf & Hilgendorf, Eric (Hrsg.): *Festschrift für Wolfgang Heinz*. Baden-Baden: Nomos, 452-464

Neubacher, Frank, Oelsner, Jenny, Boxberg, Verena & Schmidt, Holger (2011): Gewalt und Suizid im Strafvollzug – Ein längsschnittliches DFG-Projekt im thüringischen und nordrhein-westfälischen Jugendstrafvollzug. *Bewährungshilfe*, 58 (2), 133–146

Neubacher, Frank (2008): Gewalt unter Gefangenen. *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 28 (7), 361-366

Schmidt, Holger (2013): „Er war halt der Meinung, er kann mich vollquatschen“ – Gewaltkarrieren junger Strafgefangener vor und während des Freiheitsentzuges. *Soziale Probleme*, 24 (2), 175-212

Struckman-Johnson, Cindy & Struckman-Johnson, Dave (2013): Stopping prison rape: The evolution of standards recommended by PREA’s National Prison Elimination Commission. *The Prison Journal*. 93 (3), 335-354

Suhling, Stefan & Rabold, Susann (2013): Gewalt im Gefängnis – Normative, empirische und theoretische Grundlagen. *Forum Strafvollzug*, 62 (2), 70-75

van der Laan, André & Eichelsheim, Veroni (2013): Juvenile adaptation to imprisonment: feelings of safety, autonomy and well-being, and behaviour in prison. *European Journal of Criminology*, 10 (4), 424-443

Wirth, Wolfgang (2006): Gewalt unter Gefangenen, Kernbefunde einer empirischen Studie im Strafvollzug des Landes Nordrhein-Westfalen, Düsseldorf: Kriminologischer Dienst

Die objektive Zurechnung des Erfolgs beim Fahrlässigkeitsdelikt und der Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens

A. Einleitung

Zur Begründung der Strafbarkeit ist es bei den Erfolgsdelikten erforderlich, dass der Erfolg und das Verhalten des Täters dergestalt miteinander verbunden sind, dass in dem Verhalten die kausale Bedingung für den Erfolg liegt und es gerechtfertigt erscheint, diesen dem Täter auch objektiv zuzurechnen. Dabei stellt sich die Frage nach der Kausalität des Verhaltens und der objektiven Zurechenbarkeit nicht nur im Hinblick auf das vorsätzlich, sondern auch bezüglich des fahrlässig begangenen Erfolgsdelikts. Seinen strukturellen Eigenheiten entsprechend, haben sich beim Fahrlässigkeitsdelikt einige spezielle Ausprägungen der objektiven Zurechnung herausgebildet. Der vorliegende Beitrag befasst sich mit einer dieser speziellen Ausprägungen, nämlich der des sogenannten „rechtmäßigen Alternativverhaltens“. Obwohl das deutsche Schrifttum zur Erfolgszurechnung beim Fahrlässigkeitsdelikt umfangreich ist, konnte bisher kein einheitliches Verständnis gefunden werden und die Diskussion um den Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens befindet sich weiterhin im Gang.

Erst durch ein Gespräch mit der hoch geschätzten Jubilarin, Frau Dr. Ketewan Mtschedlishwili-Hädrich, wurde mir klar, dass die objektive Zurechnung beim fahrlässigen Erfolgsdelikt auch in Georgien durchaus kein abschließend ergründeter Bereich ist. Die Hoffnung ist daher, mit der vorliegenden Darstellung zum Diskussionsstand um das rechtmäßige Alternativverhalten aus deutscher Perspektive zugleich auch einen für die georgische Strafrechtswissenschaft interessanten Beitrag zu leisten. Gewidmet ist dieser Aufsatz der Jubilarin, der ich damit für zahlreiche inspirierende Gespräche und viele Einblicke in das georgische Strafrecht ganz herzlich danken möchte. Aus Platzgründen konzentriert sich die Darstellung vor allem auf den gegenwärtigen Stand der Diskussion und die diesbezüglich vertretenen argumentativen Hauptlinien.

B. Kausalität und objektive Zurechnung beim Fahrlässigkeitsdelikt

Bei der Kausalität handelt es sich um ein faktisches, gesetzlich nicht

geregeltes¹ Kriterium, das nach dem Erfahrungswissen am Maßstab der Naturgesetze beurteilt wird.² Nach der Äquivalenztheorie ist ein Verhalten kausal, wenn es eine notwendige Bedingung des Erfolgseintritts darstellt.³ Diese Erfolgskausalität wird unter Zuhilfenahme der *conditio-sine-qua-non*-Formel bestimmt.⁴ Zur Bejahung der Kausalität muss bei einem Begehungsdelikt die Kontrollfrage, ob die betreffende Handlung hinweggedacht werden kann, ohne dass der Erfolg in seiner konkreten Gestalt entfielen, also mit nein zu beantworten sein. Da jede Handlung, die nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der tatbestandliche Erfolg in seiner konkreten Gestalt entfielen, für den Erfolgseintritt als gleichwertig angesehen werden muss, ergibt sich praktisch ein unüberschaubar großes Feld kausaler Handlungen, was von den Gegnern dieses Ansatzes auch als kritisches Argument angeführt wird.⁵

Um aus dieser unüberschaubaren Weite die wertungsmäßig irrelevanten Handlungen herauszufiltern, wird das normative Kriterium der objektiven Zurechnung des Erfolgs verwendet. Erforderlich ist dafür, dass durch das für den Erfolg kausale Handeln auch ein rechtlich missbilligtes Risiko geschaffen wurde, welches sich gerade in dem Erfolg in seiner

¹ Darin unterscheidet sich das deutsche StGB vom georgischen.

² Vgl. B. *Heinrich*, Strafrecht – Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2019, Rn. 218; *Kühl*, JA 2009, 321 (325); *Rengier*, Strafrecht – Allgemeiner Teil, 12. Aufl. 2020, § 13 Rn. 2; *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht – Allgemeiner Teil, 50. Aufl. 2020, Rn. 223, Letztere sprechen insofern auch von einer „im Kern empirische[n] Frage“.

³ Vgl. BGHSt 39, 195 (197); BGHSt 45, 270 (294 f.); BGHSt 49, 1 (3); B. *Heinrich* (Fn. 2), Rn. 222; *Kühl*, JA 2009, 321 (325); *Rengier* (Fn. 2), § 13 Rn. 3 ff.; a. A. aber die „Lehre von der gesetzmäßigen Bedingung“ vgl. *Eisele*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, Vor §§ 13 ff. Rn. 75b; *Freund*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, Vor § 13 Rn. 340; *Puppe*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, 5. Aufl. 2017, Vor §§ 13 ff. Rn. 102 ff.; dies., ZStW 99 (1987), 595 (596 ff.); dies., ZIS 2008, 488 (490 f.); *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 2), Rn. 249. Für einen Überblick über die Kausalitätstheorien siehe u.a. *Eisele* (Fn. 3), Vor §§ 13 ff. Rn. 73a ff.; B. *Heinrich* (Fn. 2), Rn. 221 ff.

⁴ Dazu u.a. B. *Heinrich* (Fn. 2), Rn. 218; *Kühl*, JA 2009, 321 (325); *Rengier* (Fn. 2), § 13 Rn. 3; zur Kritik an dieser Formel *Eisele* (Fn. 3), Vor §§ 13 ff. Rn. 74; *Freund* (Fn. 3), Vor § 13 Rn. 333; *Heger*, in: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2018, Vor §§ 13 ff. Rn. 10.

⁵ Siehe u.a. *Freund* (Fn. 3), Vor § 13 Rn. 181; *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 2), Rn. 229.

konkreten Gestalt auch in tatbestandstypischer Weise verwirklicht hat.⁶ Mit dem Erfordernis der objektiven Zurechnung soll daher sichergestellt werden, dass es sich bei dem Erfolg auch tatsächlich um ein „Werk des Täters“⁷ handelt. Auf diese Weise lässt sich beispielsweise die Strafbarkeit ausschließen, wenn der eingetretene Erfolg letztlich das Ergebnis eines vollkommen atypischen, objektiv nicht vorhersehbaren Kausalverlaufs ist und auf einer absolut ungewöhnlichen Verkettung von Umständen beruht. Allerdings zeigt ein Blick in die Praxis, dass die Rechtsprechung die Lehre von der objektiven Zurechnung bisher noch nicht ausdrücklich anerkannt hat und dazu neigt, die problematischen Fälle eher auf der subjektiven Ebene zu lösen, indem bei einer wesentlichen Abweichung des vorgestellten vom tatsächlichen Kausalverlauf das Vorliegen des Vorsatzes verneint wird.⁸

Bei den Fahrlässigkeitsdelikten ist die Verletzung einer Sorgfaltspflicht ein zentrales Element, wobei unter der objektiven Sorgfaltspflichtverletzung die Nichtbeachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt verstanden wird.⁹ Insbesondere in der Sorgfaltspflichtverletzung drückt sich also die Fehlerhaftigkeit des fahrlässigen Verhaltens aus. Folglich wird es als nicht ausreichend erachtet, allein auf die Kausalität des Verhaltens abzustellen,¹⁰ sondern zudem auch ein Zusammenhang zwischen der objektiven Sorgfaltspflichtverletzung und dem Erfolg gefordert.¹¹ So ist der durch einen Unfall verursachte Tod eines Fußgängers dem Autofahrer erst dann objektiv zurechenbar, wenn mit der kausalen Handlung (Autofahren) zugleich eine Sorgfaltspflichtverletzung (z.B. Übertretung der zugelassenen Höchstgeschwindigkeit) verbunden war und diese sich

⁶ Vgl. *Eisele* (Fn. 3), Vor §§ 13 ff. Rn. 92; *Freund* (Fn. 3), Vor § 13 Rn. 181, 350; *B. Heinrich* (Fn. 2), Rn. 243; *Rengier* (Fn. 2), § 13 Rn. 46 f.

⁷ So die häufig verwendete Formulierung, siehe u.a. *B. Heinrich* (Fn. 2), Rn. 244; *Rengier* (Fn. 2), § 13 Rn. 48; *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 2), Rn. 254.

⁸ Vgl. *Bechtel*, JA 2016, 906 (906 f.); *B. Heinrich* (Fn. 2), Rn. 242; *Rengier* (Fn. 2), § 13 Rn. 42; *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 2), Rn. 260.

⁹ Vgl. *B. Heinrich* (Fn. 2), Rn. 1028; *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 2), Rn. 1114.

¹⁰ Dies wäre bei Fahrlässigkeitsdelikten u.a. auch deshalb besonders problematisch, weil bei diesen oftmals auch ein zeitlich weit in der Vergangenheit liegendes Verhalten noch kausal sein kann, vgl. *B. Heinrich* (Fn. 2), Rn. 1009.

¹¹ Vgl. *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts – Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, § 55 II 2 b); *Puppe* (Fn. 3), Vor §§ 13 ff. Rn. 200; *Sternberg-Lieben/Schuster*, in: *Schönke/Schröder* (Fn. 3), § 15 Rn. 173; *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 2), Rn. 1128.

auch in dem konkreten Erfolg (Tod des Fußgängers durch heftige Kollision mit dem Auto) ausgewirkt hat (weil der Autofahrer infolge der erhöhten Geschwindigkeit nicht mehr rechtzeitig abbremsen und den Unfall daher nicht vermeiden oder die Kollision zumindest abschwächen konnte). Da es gerade die Verletzung der aus einer bestimmten Verhaltensnorm resultierenden Sorgfaltspflicht ist, die den Kern des Fahrlässigkeitsdelikts ausmacht,¹² ist das Erfordernis, dass diese sich auch in dem konkreten Erfolg niederschlagen muss, berechtigt. Anderenfalls käme man zu einer bloßen Erfolgs- bzw. Zufallshaftung,¹³ was jedoch mit dem Verfassungsrang besitzenden Schuldprinzip nicht zu vereinbaren wäre. Zudem lässt sich dieses Erfordernis auch dem Gesetzeswortlaut entnehmen, wenn verlangt wird, dass der Erfolg gerade durch – und nicht etwa neben der – Fahrlässigkeit verursacht worden sein muss.¹⁴ Diese Verbindung von Sorgfaltspflichtverletzung und Erfolg wird „pflichtwidrigkeitszusammenhang“ bzw. „Rechtswidrigkeitszusammenhang“ genannt¹⁵ und ist – da es sich bei der Feststellung einer Sorgfaltspflichtverletzung um eine Wertung und keine faktische Bedingung handelt¹⁶ – in der objektiven Zurechnung verortet.¹⁷ Ist dieser Zusammenhang nicht gegeben, so ist der Erfolg objektiv nicht zurechenbar. Natürlich stellt sich die Frage des Vorliegens des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs nur dann, wenn die Strafnorm einen Erfolg voraussetzt, also bei Verletzungsdelikten und konkreten Gefährdungsdelikten.

¹² Vgl. *B. Heinrich* (Fn. 2), Rn. 999, 1010, 1027.

¹³ So auch *B. Heinrich* (Fn. 2), Rn. 1043; *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 2), Rn. 1128.

¹⁴ § 222 StGB – Fahrlässige Tötung: Wer durch Fahrlässigkeit den Tod eines Menschen verursacht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft; § 229 StGB – Fahrlässige Körperverletzung: Wer durch Fahrlässigkeit die Körperverletzung einer anderen Person verursacht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. Vgl. auch *Duttge*, in: *Erb/Schäfer* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 15 Rn. 160; *Freund* (Fn. 3), Vor § 13 Rn. 310 f.; *Hardtung*, in: *Joecks/Miebach* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 4, 3. Aufl. 2017, § 222 Rn. 52; *Kaspar*, *JuS* 2012, 112 (114); *Magnus*, *JuS* 2015, 402 (404).

¹⁵ Vgl. u.a. *Duttge* (Fn. 14), § 15 Rn. 164; *B. Heinrich* (Fn. 2), Rn. 1012.

¹⁶ Gleichwohl findet sich in der Rechtsprechung die Bezeichnung „Kausalität der Sorgfaltspflichtverletzung“, siehe BGHSt 11, 1 (7); ähnlich BGHSt21, 59 (61) „Kausalität pflichtwidrigen Handelns“; außerdem *B. Heinrich* (Fn. 2), Rn. 1012.

¹⁷ So auch *Magnus*, *JuS* 2015, 402 (402).

C. Rechtmäßiges Alternativverhalten als Unterbrechung des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs

Bei der Frage nach dem rechtmäßigen Alternativverhalten ist zu klären, ob der Erfolg ausgeblieben wäre, wenn der Täter sich sorgfaltsgemäß verhalten hätte. Nur wenn dies der Fall ist, soll der erforderliche Zusammenhang zwischen Sorgfaltspflichtverletzung und Erfolg vorliegen, d.h. sich die Sorgfaltspflichtverletzung im Erfolg realisiert haben.¹⁸ Wäre der Erfolg allerdings auch bei sorgfaltsgemäßigem Verhalten eingetreten, so hätte der Täter ihn nicht vermeiden können, weshalb sich eine Zurechnung als unangemessen darstellen und im Ergebnis zu einer Erfolgshaftung führen würde.¹⁹

Die Zurechnung des Erfolgs ist insofern unproblematisch, wenn keine Zweifel daran bestehen, dass selbiger nicht oder zumindest in geringem Umfang eingetreten wäre, wenn der Täter die erforderliche Sorgfalt beachtet hätte. Lässt sich vor Gericht beispielsweise feststellen, dass es mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit²⁰ nicht zu dem für den Fußgänger (Opfer) tödlichen Unfall gekommen wäre, wenn der Autofahrer (Täter) nicht mit überhöhter, sondern mit angepasster Geschwindigkeit gefahren wäre, so stellt sich der Tod des Fußgängers (Erfolg) als Werk des Täters dar und kann diesem objektiv zugerechnet werden. Problematischer sind indes die Fälle, in denen begründete Zweifel²¹ daran bestehen bzw. unklar bleibt, ob der Erfolg bei pflichtgemäßem Verhalten verhindert worden wäre.²² Dies kann u.a. dann der Fall sein, wenn neben die Sorgfaltspflichtverletzung des Täters eine weitere tritt, beispielsweise die eines weiteren Täters oder die des Opfers.²³ Derartige Konstellatio-

¹⁸ Vgl. *Frisch*, JuS 2001, 205 (206); *Jescheck/Weigend* (Fn. 11), § 55 II. 2. b) aa).

¹⁹ Vgl. *Duttge* (Fn. 14), § 15 Rn. 163; *B. Heinrich* (Fn. 2), Rn. 1043; *Sternberg-Lieben/Schuster* (Fn. 11), § 15 Rn. 174.

²⁰ Zu den Anforderungen an diese Annahme BGHSt 11, 1 (5); *Duttge* (Fn. 14), § 15 Rn. 180; *Sternberg-Lieben/Schuster* (Fn. 11), § 15 Rn. 178; sowie die ausführliche Darstellung des Meinungsstreits unter E.

²¹ Während hingegen die bloße gedankliche Möglichkeit, dass der Erfolg auch bei pflichtgemäßem Handeln hätte eintreten können, nicht ausreichen soll, vgl. wiederum BGHSt 11, 1 (4); *Duttge* (Fn. 14), § 15 Rn. 180; *Sternberg-Lieben/Schuster* (Fn. 11), § 15 Rn. 178.

²² Vgl. *Frisch*, JuS 2001, 205 (207); *Jescheck/Weigend* (Fn. 11), § 55 II. 2. b) aa).

²³ Denkbar sind aber auch Fälle ohne hinzukommendes Fehlverhalten eines Dritten oder des Opfers, so beispielsweise durch einen ärztlichen Kunstfehler verursachte Tod,

nen treten besonders häufig im Straßenverkehr auf, wenn mehrere Missachtungen der erforderlichen Sorgfalt in einem Verletzungsgeschehen zusammenwirken, z.B. der Autofahrer zu schnell fährt und der Fußgänger abrupt auf die Fahrbahn läuft, ohne sich zuvor der Verkehrssituation zu vergewissern. Im Bereich der Vorsatzdelikte kommt der Frage nach dem rechtmäßigen Alternativverhalten hingegen keine nennenswerte Bedeutung zu,²⁴ denn bei einer gerade von vorsätzlichem Verhalten geprägten Situation – d.h. wenn der Täter der von ihm erkannten Möglichkeit der durch sein Verhalten bedingten Erfolgsherbeiführung mindestens gleichgültig gegenübersteht – ist es praktisch kaum vorstellbar, dass der Erfolg auch dann eingetreten wäre, wenn der Täter sich rechtmäßig verhalten hätte.²⁵ Relevanz besitzt der Pflichtwidrigkeitszusammenhang wiederum aber auch bei den Unterlassungsdelikten, denn eine Zurechnung des Erfolgs soll dann ausgeschlossen sein, wenn sich das betroffene Rechtsgut letztlich auch durch die Vornahme der gebotenen Rettungshandlung nicht hätte erhalten lassen.²⁶

D. Bedeutende Entscheidungen des Bundesgerichtshofes

Der Bundesgerichtshof (BGH) beschäftigte sich bereits vielfach mit der objektiven Zurechenbarkeit eines fahrlässig verursachten Erfolgs. Die beiden im Folgenden dargestellten Entscheidungen gehören zu den meistbesprochenen im Bereich des rechtmäßigen Alternativverhaltens.

I. Der Lastwagen-Radfahrer-Fall (BGHSt 11, 1)

Zu großer Bekanntheit ist die Entscheidung BGHSt 11, 1 aus dem Jahr 1957 gelangt, die wohl in jedem deutschen Lehrbuch zum Allgemeinen Teil des Strafrechts behandelt wird²⁷ und der folgender Sachverhalt

der wegen einer nicht erkennbaren Veranlagung des Patienten ebenso eingetreten wäre, wenn die Behandlung kunstgerecht vorgenommen worden wäre.

²⁴ Vgl. Kühl, in: *Lackner/Kühl*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2018, § 15 Rn. 41; Eisele (Fn. 3), Vor §§ 13 ff. Rn. 99 weist darauf hin, dass der Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens zumindest theoretisch auch bei den Vorsatzdelikten denkbar ist und zu einer Versuchsstrafbarkeit führen würde.

²⁵ So auch *Magnus*, JuS 2015, 402 (404).

²⁶ Dazu *B. Heinrich* (Fn. 2), Rn. 891 f.; *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 2), Rn. 1173.

²⁷ So *Puppe*, ZJS 2008, 488 (495), die die Entscheidung dort auch bespricht.

zugrunde lag: Der Lastwagenfahrer (Angeklagter) überholte einen in derselben Richtung am rechten Straßenrand fahrenden Radfahrer (Opfer) mit einem seitlichen Abstand von nur 0,75 m. Gesetzlich vorgeschrieben war für einen solchen Vorgang aber ein Mindestabstand von 1 m. Bei dem Überholmanöver geriet der Radfahrer unter den Lastwagen und wurde dadurch tödlich verletzt. Zum Zeitpunkt des Unfalls war der Radfahrer allerdings stark alkoholisiert mit einer Blutalkoholkonzentration von 1,96 Promille. Im Prozess wurde daher auch festgestellt, dass der Radfahrer infolge des hohen Blutalkoholgehalts unbedingte fahruntüchtig und seine Wahrnehmungs- und Reaktionsfähigkeit stark gemindert war. Zudem bestätigte ein Sachverständiger die Wahrscheinlichkeit, dass der Radfahrer das Fahrgeräusch des Lastwagens erst spät wahrnahm, dann heftig erschrak und als Reaktion sein Fahrrad nach links zog. Nach Aussage des Sachverständigen sei dies eine für stark angetrunkene Radfahrer typische Verhaltensweise. Fraglich war nun also, ob sich der Angeklagte wegen fahrlässiger Tötung nach § 222 StGB strafbar gemacht hatte.²⁸

Das rechtliche Problem bestand darin, ob ein „ursächlicher Zusammenhang“²⁹ zwischen der Nichteinhaltung des erforderlichen Mindestabstands (Sorgfaltspflichtverletzung) und dem Tod (Erfolg) gegeben war bzw. ob der Umstand der alkoholbedingten Fahruntüchtigkeit des Radfahrers einer Erfolgzurechnung entgegenstand. Das Beweisergebnis war diesbezüglich nicht eindeutig, weil mit Sicherheit weder feststand noch ausgeschlossen werden konnte, dass es zu dem tödlichen Unfall auch dann gekommen wäre, wenn der Angeklagte den erforderlichen Seitenabstand eingehalten hätte. Vor diesem Hintergrund wollte das Berufungsgericht dem Angeklagten den Tod des Opfers zurechnen, denn allein die bloße Wahrscheinlichkeit, dass es zu dem Unfall auch bei sorgfaltsgemäßem Handeln des Angeklagten gekommen wäre, erachtete es für eine Unterbrechung des Zurechnungszusammenhangs als nicht ausreichend.³⁰ Dem hielt der BGH jedoch entgegen, dass eine Unsicherheit bei der Feststellung des „Ursachenzusammenhangs“ nicht zulasten des Angeklagten wir-

²⁸ Siehe zum Sachverhalt auch BGHSt 11, 1 (1 f.).

²⁹ Die vom BGH verwendete Bezeichnung „ursächlicher Zusammenhang“ ist insofern ungünstig, als dass diese eher auf einen Kausalzusammenhang hindeutet, obwohl die normative Frage der Zurechnung gemeint ist, vgl. auch *Duttge* (Fn. 14), § 15 Rn. 164; *Magnus*, JuS 2015, 402 (405); *Roxin*, ZStW 74 (1962), 411 (419); *Schatz*, NSTZ 2003, 581 (583); *Schünemann*, GA 1985, 341 (354).

³⁰ Vgl. BGHSt 11, 1 (2 f.).

ken dürfe.³¹ Mit anderen Worten: Nur wenn sich feststellen lasse, dass der Erfolg bei sorgfaltsgemäßigem Verhalten mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit ausgeblieben wäre, könne selbiger zugerechnet werden. Genau daran hatte der BGH hier aber – wegen der alkoholbedingten Fahruntüchtigkeit des Radfahrers – auf Tatsachen gründende Zweifel und verneinte infolge dieser Unsicherheit sowie unter Anwendung des Grundsatzes „in dubio pro reo“ die Zurechenbarkeit des Erfolgs und damit im Ergebnis eine Strafbarkeit wegen fahrlässiger Tötung gemäß § 222 StGB.³²

II. Der Psychiatrie-Fall (BGHSt 49, 1)

Im Jahr 2003 hatte der BGH über folgenden Sachverhalt zu entscheiden: L war der Chefarzt einer psychiatrischen Klinik. Aufgrund einer schweren Persönlichkeitsstörung war der bereits mehrfach verurteilte Sexualstraftäter S dort untergebracht. Während der Unterbringung kam es zweimal dazu, dass S die maroden Gitterstäbe vor dem Fenster seines Raums auseinanderdrückte und floh. Allerdings konnte S in beiden Fällen festgenommen und in die Klinik zurück verbracht werden. Obwohl S in der Folgezeit weiterhin als äußerst gefährlich und nicht therapierbar galt, genehmigte L dem S Ausgänge, bei denen er ohne Beaufsichtigung das Klinikgelände verlassen durfte. Von einem dieser Ausgänge kehrte S nicht mehr zurück und beging kurz danach schwere Straftaten, darunter die Morde an zwei alten Frauen.³³

Im Hinblick auf den Angeklagten L stellte sich nun die Frage, ob ihm bezüglich der getöteten Frauen eine fahrlässige Tötung gemäß § 222 StGB deshalb vorzuwerfen war, weil er als Chefarzt die unbeaufsichtigten Ausgänge des S genehmigt hatte. Während die Kausalität der Handlung (Erteilung der Genehmigung) für die Tötungen nicht in Frage stand, bedurfte es näherer Betrachtung, ob dem L diese Taterfolge auch zugerechnet werden konnten, d.h. ob der erforderliche Zurechnungszusammenhang bezüglich der Sorgfaltspflichtverletzung (Erteilung der Ausgangsgenehmigung trotz bestehender Gefährlichkeit des S) gegeben war.³⁴ Das Ge-

³¹ Vgl. BGHSt 11, 1 (4 ff.).

³² Vgl. BGHSt 11, 1 (6 f.).

³³ Siehe zum Sachverhalt auch BGHSt 49, 1 (1 ff.).

³⁴ S selbst wurde wegen der begangenen Taten verurteilt, weil das Gericht davon ausging, dass er uneingeschränkt schuldfähig war. Das vorsätzliche und schuldhafte Handeln des S führte hier nicht zu einer Unterbrechung des Zurechnungszusammen-

richt der ersten Instanz war der Ansicht, dass die „Ursächlichkeit“³⁵ der Genehmigungserteilung für die Tötungen entfallen war, weil S die Klinik auch durch die unsicheren Fenster hätte verlassen können, wie es zuvor bereits zweimal passiert war. Nach dieser Auffassung hätte sich der Tötungserfolg selbst dann nicht verhindern lassen, wenn L sich sorgfaltsgemäß verhalten und die Ausgangsgenehmigung nicht erteilt hätte (rechtmäßiges Alternativverhalten). Diese Argumentation lehnte der BGH jedoch als zu weitgehend ab, denn zur Bestimmung des hypothetischen rechtmäßigen Alternativverhaltens dürfe nur der dem Täter vorwerfbare Tatumstand hinweggedacht, nicht aber darüber hinaus etwas von der konkreten Tatsituation weggelassen, ihr etwas hinzugedacht und an ihr verändert werden.³⁶ Demnach hätte das erstinstanzliche Gericht also nur das pflichtwidrige durch das pflichtgemäße Handeln des L ersetzen, nicht aber das Verbiegen der Gitterstäbe vor dem Fenster durch S hinzudenken dürfen. Mit dieser Entscheidung machte der BGH deutlich, dass die von ihm bereits zuvor im Verkehrsstrafrecht zur Bildung der Vergleichshypothese entwickelten Grundsätze³⁷ allgemein anwendbar sind.

E. Ansätze zur Begründung des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs

Die zuvor dargestellten Fälle machen deutlich, dass der Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens – sofern er begründet ist – zum Ausschluss der Strafbarkeit führt und damit ein aus Sicht des Angeklagten interessantes Argument im Rahmen der Verteidigung darstellt. Im Hinblick auf den Zusammenhang von Pflichtwidrigkeit und Erfolg werden allerdings verschiedene Begründungsansätze vertreten, die sich auch auf den Umgang mit dem Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens auswirken. Diesbezüglich stehen sich vor allem die „Vermeidbarkeitstheorie“ und die „Risikoerhöhungslehre“ gegenüber.

hangs. Vielmehr ging der BGH von einer fahrlässigen Nebentäterschaft des L aus, vgl. BGHSt 49, 1 (7). Zum Problem des Dazwischentretens eines vorsätzlich und schuldhaft Handelnden bzw. dem sogenannten „Regressverbot“ u.a. B. Heinrich (Fn. 2), Rn. 1050 ff.; Rengier (Fn. 2), § 52 Rn. 57 ff.

³⁵ Inhaltlich gemeint war wiederum der Pflichtwidrigkeitszusammenhang, vgl. *Schatz*, NStZ 2003, 581 (583).

³⁶ Vgl. BGHSt 49, 1 (4).

³⁷ Siehe dazu u.a. BGHSt 33, 61 (63 f.).

I. Die Vermeidbarkeitstheorie

Die Vermeidbarkeitstheorie wird vor allem von der Rechtsprechung und Teilen der Wissenschaft vertreten.³⁸ Bereits im Rahmen der Darstellung der beiden BGH-Entscheidungen³⁹ ist klar geworden, dass das rechtmäßige Alternativverhalten das zentrale Kriterium bei der Beurteilung des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs ist. Diesbezüglich arbeitet die Vermeidbarkeitstheorie mit einer Vergleichshypothese, indem sie die tatsächlich erfolgte Sorgfaltspflichtverletzung hinwegdenkt, durch ein hypothetisches sorgfaltsgemäßes Verhalten ersetzt und den Sachverhalt anschließend unter Beachtung dieser Prämisse erneut beurteilt. So wurde im Lastwagen-Radfahrer-Fall beispielsweise das Überholen des Radfahrers mit dem zu geringen Seitenabstand von 0,75 m (Sorgfaltspflichtverletzung) durch das hypothetische Überholen mit korrektem Seitenabstand von mindestens 1 m ersetzt und gefragt, ob es auch dann zu dem für den Radfahrer tödlichen Unfall gekommen wäre.⁴⁰ Eine Erfolgszurechnung soll dabei nur dann stattfinden, wenn sicher festgestellt werden kann, dass der Erfolg bei sorgfaltsgemäßigem Verhalten ausgeblieben wäre.⁴¹ Sobald sich aber aufgrund erheblicher Tatsachen nicht ausschließen lasse, dass der Erfolg auch dann eingetreten wäre, wenn der Täter seine Sorgfaltspflicht nicht verletzt hätte,⁴² müsse dies zu seinen Gunsten berücksichtigt und der Grundsatz „in dubio pro reo“ angewendet werden.⁴³ Im Umkehrschluss ergibt sich daraus, dass die Erfolgszurechnung – und damit eine Verurtei-

³⁸ Siehe BGHSt 11, 1 (3 ff.); BGHSt 24, 31 (34); BGHSt 33, 61 (63); BGHSt 49, 1 (4); *Duttge* (Fn. 14), § 15 Rn. 163, 182; *Eschelbach*, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafgesetzbuch, 49. Ed., Stand: 1.2.2021, § 222 Rn. 19; *Frisch*, JuS 2011, 205 (208); *Hardtung* (Fn. 14), § 222 Rn. 51 f.; *B. Heinrich* (Fn. 2), Rn. 1045; *Kudlich*, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafgesetzbuch, 49. Ed., Stand: 1.2.2021, § 15 Rn. 54.2; *Prittwitz*, Strafrecht und Risiko, 1993, S. 331ff.; *Rengier* (Fn. 2), § 52 Rn. 35; *Sternberg-Lieben/Schuster* (Fn. 11), § 15 Rn. 173 ff.; *Wesels/Beulke/Satzger* (Fn. 2), Rn. 1128 ff.

³⁹ Siehe D. I. und D. II.

⁴⁰ Vgl. BGHSt 11, 1 (5 ff.).

⁴¹ In diesem Sinn BGHSt 11, 1 (5) „an Gewißheit grenzende Wahrscheinlichkeit“. Nach *Duttge* (Fn. 14), § 15 Rn. 180, 184 soll allerdings bereits eine überwiegende Wahrscheinlichkeit des Ausbleibens des Erfolgs ausreichen.

⁴² Vgl. BGHSt 33, 61 (63); BGHSt 49, 1 (4).

⁴³ Vgl. BGHSt 11, 1 (6); *Sternberg-Lieben/Schuster* (Fn. 11), § 15 Rn. 177.

lung wegen des Fahrlässigkeitsdelikts – also nur dann möglich sein soll, wenn das Gericht infolge des Beweisergebnisses zu der Überzeugung kommt, dass der Erfolg bei sorgfaltsgemäßigem Verhalten mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit nicht eingetreten wäre. Konsequenterweise muss dies dazu führen, dass die für eine Verurteilung wegen des fahrlässigen Erfolgsdelikts notwendige Überzeugung des Tatgerichts nicht gebildet werden kann, wenn der Täter im Rahmen seiner Verteidigungsstrategie glaubhaft vorträgt, dass der Erfolg auch ohne seine Sorgfaltspflichtverletzung – d.h. aufgrund einer anderen Ursache – eingetreten wäre.⁴⁴ Eine Verurteilung wegen Ordnungswidrigkeiten, die unabhängig von einem Erfolgseintritt bereits den Sorgfaltspflichtverstoß als solchen sanktionieren, ist natürlich gleichwohl möglich.⁴⁵

Hinsichtlich des rechtmäßigen Alternativverhaltens bedarf es jedoch einer Festlegung der Parameter, die der Bildung der Vergleichshypothese zugrunde zu legen sind. Nur wenn definiert ist, welche Umstände in der Hypothese zu berücksichtigen sind und welche nicht einbezogen werden dürfen, kann ein unüberschaubares Ausufern der Hypothesenbildung verhindert und der Gefahr begegnet werden, dass der Täter sich zu seiner Verteidigung auf jede beliebige Ersatzursache beruft.⁴⁶ In diesem Zusammenhang wird häufig auf die oben dargestellte Entscheidung BGHSt 49, 1 verwiesen.⁴⁷ Konkret stellte der BGH fest, dass für die Bildung der Hypothese des rechtmäßigen Alternativverhaltens der Pflichtverstoß maßgeblich sei, der als Ursache des eingetretenen Schadens in Betracht komme.⁴⁸ Nur dieser dürfe hinweggedacht und durch das korrespondierende sorgfaltsgemäße Verhalten ersetzt werden, während an der konkreten

⁴⁴ Vgl. *B. Heinrich* (Fn. 2), Rn. 1045.

⁴⁵ So wurde beispielsweise in der Entscheidung BGHSt 11, 1 der Fahrer des Lastwagens zwar vom Vorwurf der fahrlässigen Tötung des Radfahrers gemäß § 222 StGB freigesprochen. Gleichwohl wurde wegen des sorgfaltswidrigen Überholens ein Bußgeld gemäß §§ 49, 1 StVO (in der damals gültigen Fassung) gegen ihn verhängt. Vgl. auch *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 2), Rn. 1132.

⁴⁶ In diesem Sinn auch *Magnus*, JuS 2012, 402 (403) und *Schatz*, NStZ 2003, 581 (584).

⁴⁷ Siehe unter D. II. sowie u.a. auch *Magnus*, JuS 2012, 402 (402 f.); *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 2), Rn. 301. Ausführlich besprochen wird die Entscheidung u.a. von *Neubacher*, Jura 2005, 857; *Ogorek*, JA 2004, 356; *Puppe*, NStZ 2004, 554; dies., ZJS 2008, 488 (489 ff.); *Roxin*, StV 2004, 485. Die vorangehende Entscheidung des Landgerichts Potsdam wird ausführlich besprochen von *Schatz*, NStZ 2003, 581.

⁴⁸ Vgl. BGHSt 49, 1 (4).

Tatsituation ansonsten nichts wegzulassen, hinzuzudenken oder zu verändern sei.⁴⁹ Damit machte der BGH deutlich, dass als rechtmäßiges Alternativverhalten nur das hypothetische pflichtgemäße Verhalten des Täters, nicht aber jedes beliebige Verhalten des Opfers, eines Dritten – insbesondere eines Ersatztäters – oder etwa Naturereignisse Berücksichtigung finden dürfen.⁵⁰ Verhindert werden soll damit vor allem, dass der Täter sich zu seiner Entlastung auf die Sorgfaltspflichtverletzung eines anderen beruft und sich somit im Ergebnis mehrere Fahrlässigkeitstäter gegenseitig entlasten könnten.⁵¹ Für die Entscheidung BGHSt 49, 1 bedeutete dies konkret, dass die sorgfaltspflichtwidrige Erteilung der Ausgangsgenehmigung nur durch das sorgfaltsgemäße Verhalten der Nichterteilung der Ausgangsgenehmigung ersetzt werden durfte. Hingegen durfte als Vergleichshypothese nicht eine Tatsituation angenommen werden, in der der gefährliche Patient S oder andere Personen sich anders hätten verhalten müssen.⁵² Daher erkannte der BGH die vom erstinstanzlichen Gericht gebildete Vergleichshypothese nicht an, die darauf abstellte, dass der gefährliche Patient S nachdem Auseinanderbiegen der Gitterstäbe vor dem Fenster ohnehin aus der Klinik entkommen wäre und die Taten begangen hätte, denn diese Möglichkeit hätte einer völlig außerhalb des Tatgeschehens liegenden autonomen Willensbildung des S bedurft.⁵³

II. Die Risikoerhöhungslehre

Der in erster Linie auf den deutschen Rechtswissenschaftler Claus Roxin zurückgehenden Risikoerhöhungslehre folgt ein beachtlicher Teil der Literatur.⁵⁴ Auch diese Ansicht erkennt an, dass es für eine Strafbarkeit

⁴⁹ Vgl. BGHSt 49, 1 (4). Zuvor bereits BGHSt 33, 61 (64). In der Literatur u.a. *Duttge* (Fn. 14), § 15 Rn. 166 ff.; ders., NSTZ 2006, 266 (272); *Magnus*, JuS 2015, 402 (402 f.).

⁵⁰ Siehe auch *Duttge* (Fn. 14), § 15 Rn. 169; ders., NSTZ 2006, 266 (272); *Eschelbach* (Fn. 38), § 222 Rn. 19; *Magnus*, JuS 2015, 402 (403). Kritisch aber *Schatz*, NSTZ 2003, 581 (585) mit dem Hinweis darauf, dass der Austausch des pflichtwidrigen Verhaltens gegen das pflichtgemäße zwangsläufig zu einer Verschiebung des Sachverhaltsrahmens führe und damit weitere hypothetische Annahmen nach sich ziehe.

⁵¹ Vgl. *Duttge* (Fn. 14), § 15 Rn. 166; *Magnus*, JuS 2015, 402 (403).

⁵² Ebenso *Magnus*, JuS 2015, 402 (403).

⁵³ Vgl. BGHSt 49, 1 (4).

⁵⁴ Siehe *Jescheck/Weigend* (Fn. 11), § 55 II 2b) aa); *Kaspar*, JuS 2012, 112 (115); *Kühl*

nicht ausreichen kann, wenn die Sorgfaltspflichtverletzung und der Erfolg lediglich in einem naturalistisch zu bestimmenden Kausalitätsverhältnis zueinander stehen.⁵⁵ Um einen durch fahrlässiges Verhalten verursachten Erfolg zurechnen zu können, bezieht sie sich jedoch nicht auf ein rechtmäßiges Alternativverhalten und sonstige hypothetische Schadensursachen,⁵⁶ sondern stellt darauf ab, ob die Bestandteile des Täterverhaltens, die die Sorgfaltspflichtverletzung ausmachen (inkorrektes Täterverhalten), die Chancen des konkreten Erfolgseintrittserhöht haben.⁵⁷ Ist das Risiko des konkreten Erfolgseintritts aufgrund des inkorrekten Täterverhaltens gegenüber dem erlaubten Risiko erhöht, so sei die Erfolgszurechnung berechtigt und es könne den Täter dann auch nicht mehr entlasten, wenn der Erfolg auch aufgrund anderer Ursachen eingetreten wäre.⁵⁸ Da es allein auf die Erhöhung des erlaubten Risikos ankomme, können sich etwaige Zweifel daran, ob dem Täter die Verhinderung des Schadens überhaupt möglich war, nicht zu seinen Gunsten auswirken.⁵⁹ Somit müsse dem Täter auch nicht nachgewiesen werden, dass der Erfolg bei pflichtgemäßem Verhalten ausgeblieben wäre.⁶⁰ Der Grundsatz „in dubio pro reo“ soll daher nur in den seltenen Fällen Anwendung finden, in denen Zweifel daran, ob das Verhalten des Täters das Risiko erhöht hat, nicht beseitigt werden können.⁶¹ In der Konsequenz kommt die Risikoerhöhungslehre damit zu einer extensiveren Strafbarkeit als die Vermeidbarkeitstheorie.

Aufgrund der Nichtberücksichtigung eines hypothetischen rechtmäßigen Alternativverhaltens spielt es für die Risikoerhöhungslehre bei der Lösung des – hier aus Vergleichsgründen nochmals herangezogenen

(Fn. 24), § 15 Rn. 44; *Roxin*, ZStW 74 (1962), 411 (430 ff.); *Schünemann*, JA 1975, 647 (651 ff.); ders., GA 1985, 341 (354 ff.).

⁵⁵ Vgl. *Jescheck/Weigend* (Fn. 11), § 55 II 2b); *Kühl* (Fn. 24), § 15 Rn. 41; *Roxin*, ZStW 74 (1962), 411 (431, 440).

⁵⁶ Vgl. *Roxin*, ZStW 74 (1962), 411 (430, 435, 440, 442).

⁵⁷ Vgl. *Jescheck/Weigend* (Fn. 11), § 55 II. 2. b) aa); *Kaspar*, JuS 2012, 112 (115); *Kühl* (Fn. 24), § 15 Rn. 44; *Roxin*, ZStW 74 (1962), 411 (431 f.).

⁵⁸ Vgl. *Jescheck/Weigend* (Fn. 11), § 55 II. 2. b) aa); *Roxin*, ZStW 74 (1962), 411 (432 ff.).

⁵⁹ Vgl. *Roxin*, ZStW 74 (1962), 411 (438).

⁶⁰ Vgl. *Roxin*, ZStW 74 (1962), 411 (443).

⁶¹ Vgl. *Jescheck/Weigend* (Fn. 11), § 55 II 2b) aa); *Schünemann*, GA 1985, 341 (357). Strenger aber *Roxin*, ZStW 74 (1962), 411 (434), der den in-dubio-Grundsatz auch dann nicht anwenden will, wenn sich die Risikosteigerung nicht positiv feststellen lässt.

– Lastwagen-Radfahrer-Falls keine Rolle, wie das Geschehen abgelaufen wäre, wenn der Lastwagenfahrer sich ordnungsgemäß verhalten und den erforderlichen Abstand eingehalten hätte. Vielmehr sei allein der tatsächlich erfolgte Überholvorgang zugrunde zu legen.⁶² Dabei sei zunächst davon auszugehen, dass ein Überholvorgang ein gesetzlich erlaubtes Risiko darstelle, weil er akzeptiert werde, um einen reibungslosen Ablauf des Straßenverkehrs zu ermöglichen.⁶³ Nunmehr stelle sich die Frage, ob das Täterverhalten den Bereich des erlaubten Risikos verlassen habe.⁶⁴ Hätte der Lastwagenfahrer das Überholmanöver ordnungsgemäß durchgeführt und die ihm obliegende Sorgfaltspflicht der Einhaltung eines Seitenabstands von mindestens 1 m beachtet, wäre die Frage grundsätzlich zu verneinen und eine Strafbarkeit nicht gegeben.⁶⁵ Da in dem konkreten Fall das Überholen jedoch sorgfaltswidrig erfolgte, sei für eine Erfolgszurechnung die weitere Feststellung erforderlich, dass damit auch das Risiko des Todes des Radfahrers erhöht wurde.⁶⁶ Von einer Risikoerhöhung wäre dabei nicht auszugehen, wenn allgemein feststünde, dass betrunkene Radfahrer auf überholende Lastwagen derart reagieren können, dass sie in diese hineinfahren, und zudem konkret festgestellt würde, dass es für diese Reaktion und ihre Folgen ohne Bedeutung war, ob der Lastwagen nur mit einem verbotenen Abstand von 0,75 m überholt oder die zulässige Distanz von 1 m eingehalten hat.⁶⁷ Denn in diesem Fall hätte die Sorgfaltspflichtverletzung keine Erhöhung des Risikos über die allgemeine Lebensgefahr hinaus begründet und eine Strafbarkeit wegen fahrlässiger Tötung würde im Ergebnis zu einer reinen Erfolgshaftung führen.⁶⁸ Eine derart sichere Feststellung war hier jedoch nicht möglich. Vielmehr konnte sich das Tatgericht nur davon überzeugen, dass es auch bei einem

⁶² Vgl. *Roxin*, ZStW 74 (1962), 411 (435).

⁶³ Vgl. *Roxin*, ZStW 74 (1962), 411 (433).

⁶⁴ Vgl. *Roxin*, ZStW 74 (1962), 411 (433).

⁶⁵ Vgl. *Roxin*, ZStW 74 (1962), 411 (433).

⁶⁶ Vgl. *Roxin*, ZStW 74 (1962), 411 (432). Diesbezüglich soll die Beurteilung aus der ex-post-Perspektive erfolgen, weil eine Beurteilung aus der ex-ante-Perspektive stets zur Annahme einer Risikoerhöhung durch eine generell sorgfaltswidrige Handlung führen müsste, vgl. *Schünemann*, JA 1975, 647 (359). Außerdem *Kaspar*, JuS 2012, 112 (115); *Kühl* (Fn. 24), § 15 Rn. 44.

⁶⁷ Vgl. *Roxin*, ZStW 74 (1962), 411 (432).

⁶⁸ Vgl. *Roxin*, ZStW 74 (1962), 411 (432).

ordnungsgemäßen Überholvorgang mit hoher Wahrscheinlichkeit zu dem tödlichen Unfall gekommen wäre.⁶⁹ Demnach wäre eine Strafbarkeit wegen fahrlässiger Tötung dann geboten gewesen, wenn sich das Risiko bei sorgfaltsgemäßigem Überholen mit 1 m Seitenabstand jedenfalls verringert hätte.⁷⁰ Ein Freispruch hätte hingegen die Feststellung erfordert, dass sich das sorgfaltswidrige Überholen im Hinblick auf den Tod des Radfahrers nicht risikoe erhöhend ausgewirkt habe.⁷¹

Die Kernaussage der Risikoerhöhungslehre lässt sich dahingehend zusammenfassen, dass gefährliches und für einen tatbestandsmäßigen Erfolg kausales Verhalten, nicht deshalb straflos bleiben darf, weil lediglich nicht sicher ausgeschlossen werden kann, dass der Erfolg auch bei rechtmäßigem Verhalten eingetreten wäre.⁷²

III. Die Ansicht von der Sorgfaltspflichtverletzung als notwendigem Bestandteil der hinreichenden Bedingung

Um diese Ansicht, die insbesondere von der deutschen Rechtswissenschaftlerin Ingeborg Puppe vertreten wird, vollständig nachvollziehen zu können, muss man sich vergegenwärtigen, dass ihr ein Kausalitätsbegriff zugrundeliegt, nach dem es auf eine gesetzmäßige Mindestbedingung ankommt. Zur Feststellung der Kausalität sei demnach darauf abzustellen, ob Handlung und Erfolg üblicherweise bzw. bekanntermaßen durch eine gesetzmäßige Beziehung miteinander verbunden sind.⁷³ Ist eine gesetzmäßige Beziehung von Handlung und Erfolg nicht oder nicht vollständig bekannt, sei auf Wahrscheinlichkeitsregeln zurückzugreifen.⁷⁴ Bezüglich der Fahrlässigkeitsdelikte wird anerkannt, dass es neben der grundlegenden Kausalität der Handlung auch eines Zusammenhangs zwi-

⁶⁹ Vgl. BGHSt 11, 1 (6).

⁷⁰ Vgl. *Roxin*, ZStW 74 (1962), 411 (434).

⁷¹ Vgl. *Roxin*, ZStW 74 (1962), 411 (434).

⁷² Vgl. *Jescheck/Weigend (Fn. 11)*, § 55 II. 2. b) aa).

⁷³ Vgl. *Puppe* (Fn. 3), Vor §§ 13 ff. Rn. 81 f.; dies., ZJS 2008, 488 (490).

⁷⁴ Vgl. *Puppe* (Fn. 3), Vor §§ 13 ff. Rn. 151; dies., ZStW 99 (1987), 595 (602 ff.). Dies sei nach *Puppe*, ZStW 99 (1987), 595 (603) insbesondere bei Fahrlässigkeitsdelikten der Fall, da bei diesen typischerweise weiteres menschliches Verhalten in der Erfolgserklärung vorkomme.

schen der Sorgfaltspflichtverletzung und dem Erfolg bedarf.⁷⁵ Demnach muss sich das unerlaubte Risiko im Erfolg realisieren, also die die Sorgfaltspflichtverletzung ausmachenden Tatsachen „als notwendige Bestandteile in der wahren kausalen Erklärung oder Wahrscheinlichkeitserklärung des Erfolges vorkommen.“⁷⁶ Anders gesagt: Die Sorgfaltspflichtverletzung muss ein notwendiger Bestandteil der gesetzmäßigen Beziehung bzw.– falls eine solche nicht existiert – der Wahrscheinlichkeitserklärung der Erfolgskausalität sein.⁷⁷ Durch den Rückgriff auf Wahrscheinlichkeitsregeln ergibt sich letztlich eine gewisse Nähe zur Risikoerhöhungslehre.⁷⁸

IV. Die wesentlichen Argumente

In der Auseinandersetzung zwischen der Vermeidbarkeitstheorie und der Risikoerhöhungslehre kristallisieren sich einige Kernargumente heraus, die eine nähere Betrachtung verdienen.

1. Die Verletzung des Zweifelssatzes

Gemäß des Grundsatzes „in dubio pro reo“ dürfen sich Zweifel am Vorliegen haftungsbegründender Voraussetzungen nicht zulasten des Angeklagten auswirken.⁷⁹ Damit sind auch die Umstände des Sachverhalts erfasst, auf denen die objektive Zurechnung beruht. Im Hinblick auf die objektive Zurechnung beim fahrlässigen Erfolgsdelikt bestimmen die Vermeidbarkeitstheorie und die Risikoerhöhungslehre die Reichweite des Zweifelssatzes ihrem jeweiligen Ansatz entsprechend und damit unterschiedlich.

Die Risikoerhöhungslehre geht davon aus, dass „in dubio pro reo“ nur bei Zweifeln hinsichtlich der die Risikoerhöhung begründenden Umstände gilt.⁸⁰ Dementsprechend bestreiten die Vertreter der Risiko-

⁷⁵ Vgl. *Puppe* (Fn. 3), Vor §§ 13 ff. Rn. 200.

⁷⁶ *Puppe*, ZStW 99 (1987), 595 (615); ebenso dies., JZ 2008, 600 (609).

⁷⁷ Vgl. *Puppe* (Fn. 3), Vor §§ 13 ff. Rn. 214; dies., ZStW 99 (1987), 595 (610); dies., JZ 2008, 600 (609).

⁷⁸ So selbst *Puppe* (Fn. 3), Vor §§ 13 ff. Rn. 151; dies., ZStW 99 (1987), 595 (604).

⁷⁹ Vgl. u.a. B. *Heinrich* (Fn. 2), Rn. 1449 ff.; *Rengier* (Fn. 2), § 57 Rn. 1 ff.; *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 2), Rn.1298 ff. Ausführlich zu „in dubio pro reo“ beispielsweise *Walter*, JZ 2006, 340 (344 ff.).

⁸⁰ Vgl. bereits oben E. II. sowie *Jescheck/Weigend* (Fn. 11), § 55 II 2b) aa); *Schünemann*,

erhöhungslehre eine darüber hinausgehende Anwendbarkeit des Zweifelssatzes. Wenn feststehe, dass das sorgfaltswidrige Verhalten den Erfolg verursacht hat, bestünden keine Zweifel mehr im tatsächlichen Bereich und für weitere Zweifel im hypothetischen Bereich gelte der Zweifelssatz nicht.⁸¹ Vielmehr sei es eine normativ zu beantwortende Frage, ob die bloße Möglichkeit der Erfolgsverursachung durch erlaubtes Alternativverhalten als Haftungsausschluss anzuerkennen sei.⁸²

Auch für die Vermeidbarkeitstheorie ist die Annahme bzw. Ablehnung des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs anhand der Beurteilung des rechtmäßigen Alternativverhaltens Ergebnis einer normativen Entscheidung.⁸³ Der Zweifelssatz bezieht sich dabei auf die dieser Entscheidung zugrunde liegenden Tatsachen und soll demnach zugunsten des Angeklagten Anwendung finden, wenn sich die „Zweifel an der Ursächlichkeit des vorwerfbaren Verhaltens zu einem für eine vernünftige, lebensnahe Betrachtung beachtlichen Grade verdichtet haben“.⁸⁴ Für den Angeklagten bedeute dies, dass er zu seiner Entlastung die Umstände, die einen Erfolgseintritt selbst bei pflichtgemäßem Verhalten herbeigeführt hätten, glaubhaft vortragen müsse.⁸⁵

Vor diesem Hintergrund wird der Risikoerhöhungslehre eine Verletzung des in-dubio-Grundsatzes vorgeworfen, weil Zweifel daran, ob sich die geschaffene Gefahr wirklich im konkreten Erfolg realisiert hat – d.h. Zweifel daran, dass der Erfolg bei rechtmäßigem Alternativverhalten ausgeblieben wäre –, unbeachtet blieben.⁸⁶ Dies führe zu einer Umkehr der

GA 1985, 341 (357). *Roxin* will den Zweifelssatz allerdings auch dann nicht anwenden, wenn sich die Risikosteigerung nicht positiv feststellen lässt, vgl. *Roxin*, ZStW 74 (1962), 411 (434).

⁸¹ Vgl. *Kaspar*, JuS 2012, 112 (115).

⁸² Vgl. *Kühl* (Fn. 24), § 15 Rn. 44.

⁸³ Vgl. *Duttge* (Fn. 14), § 15 Rn. 164.

⁸⁴ BGHSt 11, 1 (4 f.). Mit Bezugnahme auf diese Entscheidung *Sternberg-Lieben/Schuster* (Fn. 11), § 15 Rn. 177.

⁸⁵ Vgl. *B. Heinrich* (Fn. 2), Rn. 1045.

⁸⁶ Vgl. BGHSt 11, 1 (4, 6 f.); BGHSt 24, 31 (34); BGHSt 33, 61 (63); *Duttge* (Fn. 14), § 15 Rn. 182; *B. Heinrich* (Fn. 2), Rn. 1044; *Rengier* (Fn. 2), § 52 Rn. 35. Sogar *Schünemann*, der die Risikoerhöhungslehre befürwortet, räumt diesbezüglich ein, dass „man [...] in keiner Spielart der Risikoerhöhungstheorie daran vorbei [kommt], daß Unklarheiten bezüglich des hypothetischen Kausalverlaufes nicht pro reo, sondern contra reum

Beweislast, da der Angeklagte zu seiner Entlastung nicht nur glaubhaft vortragen, sondern praktisch nachweisen müsse, dass der Erfolg auch bei pflichtgemäßem Verhalten eingetreten wäre.⁸⁷

Der Vorwurf der Verletzung des Zweifelssatzes ist allerdings nicht geeignet, um einen inneren Widerspruch der Risikoerhöhungslehre aufzuzeigen. Da es gerade der Kern dieser Ansicht ist, die Gefahrerhöhung für die objektive Erfolgszurechnung genügen zu lassen, erweist es sich insofern als konsequent, die Zurechnung nicht aufgrund von Zweifeln im hypothetischen Bereich des rechtmäßigen Alternativverhaltens zugunsten des Angeklagten auszuschließen. Insofern kann der Risikoerhöhungslehre also kein Mangel an innerer Stringenz vorgehalten werden.

Nichtsdestotrotz ist der Hinweis auf die Umkehr der Beweislast⁸⁸ berechtigt, wenn man nicht bereits den Nachweis von Handlung, Sorgfaltspflichtverletzung, Risikoerhöhung und Erfolg zur Begründung der Strafbarkeit ausreichen lässt. Das Risiko der Verurteilung läge in der Tat beim Angeklagten, wenn sich die Möglichkeit, dass der Erfolg ebenso auch aufgrund anderer Umstände eingetreten wäre, nicht (mehr) vollständig aufklären lässt. Dass es für die Zurechnung des Erfolgs als Werk des Täters aber mehr bedarf, als nur der Feststellung der auf der Sorgfaltspflichtverletzung beruhenden Risikoerhöhung, legt letztlich der Wortlaut des Gesetzes nahe, indem von §§ 222, 229 StGB die Verursachung des Todes bzw. der Körperverletzung durch Fahrlässigkeit verlangt wird. Folgt man dem, erweist es sich als konsequent, begründete Zweifel daran, dass der Erfolg bei rechtmäßigem Alternativverhalten ausgeblieben wäre, nicht zulasten des Angeklagten gehen zu lassen.

2. Die Umdeutung von Verletzungsdelikten in Gefährdungsdelikte

Im Zusammenhang mit der Diskussion um den Zweifelssatz sieht sich die Risikoerhöhungslehre einem weiteren Vorwurf ausgesetzt. Weil nach deren Konzeption der Verletzungserfolg allein aufgrund eines gefahrerhöhenden Verhaltens und ohne erforderlichen Nachweis des wirklichen Zusammenhangs zugerechnet werden soll, würden Erfolgsdelikte con-

wirken“, *Schünemann*, JA 1975, 647 (651).

⁸⁷ Vgl. *B. Heinrich* (Fn. 2), Rn. 1044.

⁸⁸ Diese Umkehr der Beweislast kann auch als Verschiebung des Beweis- und Verurteilungsrisikos hin zum Angeklagten bezeichnet werden.

tra legem in Verletzungsdelikte umgedeutet.⁸⁹ Skeptisch wirdan diesem Einwand jedoch gesehen, dass in den betreffenden Konstellationen ein Verletzungserfolg ja durchaus vorliegt.⁹⁰ Im Hinblick auf die mit Gefährdungsdelikten regelmäßig einhergehende Ausdehnung der Strafbarkeit weist Schönemann auch darauf hin, dass das Risikoerhöhungsprinzip bei den Begehungsdelikten keine Ersetzung, sondern eine Ergänzung der Kausalität zwischen Handlung und Rechtsgutsverletzung bedeute, so dass es sich im Ergebnis nicht strafbarkeitsausdehnend, sondern -einschränkend auswirke.⁹¹

Aus der Perspektive der Risikoerhöhungslehre ist die Richtigkeit von Schönemanns Argument kaum zu bestreiten. Gleichwohl lässt sich damit der seitens der Vermeidbarkeitstheorie erhobene Vorwurf nicht entkräften, denn es ist zwar zutreffend, dass sich das Erfordernis der Risikoerhöhung im Hinblick auf die bloße Kausalität der Handlung als Einschränkung darstellt, aber nur dann, wenn man sich auf den Standpunkt stellt, dass die Strafbarkeit bereits durch das Vorliegen von Handlung, Erfolg und Kausalität begründet wird.⁹² Demnach wird also nicht der – außerhalb des eigenen „Systems“ erhobene – Vorwurf entkräftet, nämlich dass die Strafbarkeit letztlich allein an der Gefahrschaffung (Risikoerhöhung) und nicht an der Realisierung der Gefahr im konkreten Erfolg festgemacht wird. Dieser Umstand ist wiederum charakteristisch für die Gefährdungsdelikte und insofern verliert dann auch der Einwand, dass ein Verletzungserfolg tatsächlich eingetreten ist, an Bedeutung.

3. Die Einschränkung der Fahrlässigkeitsstrafbarkeit

Wird der Risikoerhöhungslehre die Umwandlung von Erfolgsdelikten in Verletzungsdelikte – und damit im Ergebnis eine Ausdehnung der Strafbarkeit – vorgeworfen, so wenden deren Vertreter ihrerseits als kriminalpolitisches Argument ein, dass die Vermeidbarkeitstheorie den Anwendungsbereich der Fahrlässigkeitsdelikte zu stark einschränke, denn der geforderte sichere Ausschluss des Erfolgseintritts bei rechtmäßigem Al-

⁸⁹ Vgl. *Duttge* (Fn. 14), § 15 Rn. 182; *B. Heinrich* (Fn. 2), Rn. 1044; *Rengier* (Fn. 2), § 52 Rn. 35; *Sternberg-Lieben/Schuster* (Fn. 11), § 15 Rn. 179.

⁹⁰ So *Kudlich* (Fn. 38), § 15 Rn. 54.1, der im Ergebnis aber dennoch der Vermeidbarkeitstheorie den Vorzug gibt.

⁹¹ Vgl. *Schönemann*, GA 1985, 341 (355).

⁹² So auch *Prittowitz* (Fn. 38), S. 330.

ternativverhalten sei in vielen Fällen nicht möglich, was dann dazu führe, dass selbst bei schwerem Fehlverhalten eine Fahrlässigkeitsstrafbarkeit ausscheiden müsse.⁹³ Die Konsequenz des Freispruchs allein aufgrund der bloß hypothetischen Möglichkeit des Erfolgsintritts aufgrund anderer Ursachen wird demnach als unbillig empfunden.⁹⁴ Daher vermöge nur die Risikoerhöhungslehre, einer Zurücknahme strafbewehrter Verhaltensnormen entgegen zu wirken.⁹⁵

Die kriminalpolitische Sinnhaftigkeit der Risikoerhöhungslehre findet auch im Lager der Vermeidbarkeitstheorie Anerkennung.⁹⁶ Zutreffend ist allerdings der Einwand, dass die Verletzungserfolgsdelikte nicht die passende Deliktsart seien, um die gewünschte Intensität des Rechtsgüterschutzes zu erreichen und bereits die Gefahrerhöhung zu sanktionieren, sondern es dafür entsprechender Gefährdungsdelikte bedürfe.⁹⁷ Zudem werde Strafbarkeitslücken auch auf der prozessualen Ebene begegnet, denn die Überzeugung des Gerichts vom Vorliegen des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs entfalle erst, wenn im Rahmen der Vergleichshypothese tatsächliche Zweifel am Ausbleiben des Erfolgs bestehen und nicht schon dann, wenn Zweifel nur theoretisch möglich wären.⁹⁸ Daher müsse der sich auf die Unvermeidbarkeit berufende Täter diese nicht nur behaupten, sondern glaubhaft darlegen.⁹⁹

F. Fazit

Der wesentliche Unterschied zwischen beiden Ansichten besteht im geforderten Beweismaß. Während nach der Vermeidbarkeitstheorie eine Strafbarkeit nur dann in Betracht kommt, wenn feststeht, dass der Erfolg bei rechtmäßigem Alternativverhalten mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit ausgeblieben wäre, muss dem Täter nach der Risikoerhöhungstheorie nur nachgewiesen werden, dass die Sorgfaltspflichtverletzung zu einer Erhöhung der Erfolgchancen geführt hat.

⁹³ Vgl. *Roxin*, ZStW 74 (1962), 411 (422 f.); *Schünemann*, JA 1975, 647 (649, 651); ders., GA 1985, 341 (356).

⁹⁴ Vgl. *Roxin*, ZStW 74 (1962), 411 (423 f.).

⁹⁵ Vgl. *Kaspar*, JuS 2012, 112 (115).

⁹⁶ Vgl. *Frisch*, JuS 2011, 205 (208); *Kudlich* (Fn. 38), § 15 Rn. 54.1.

⁹⁷ Vgl. *Frisch*, JuS 2011, 205 (208).

⁹⁸ Vgl. *Kudlich* (Fn. 38), § 15 Rn. 54.2.

⁹⁹ Vgl. *B. Heinrich* (Fn. 2), Rn. 1045.

Für die Vermeidbarkeitstheorie spricht insofern der Gerechtigkeitsgedanke,¹⁰⁰ wonach eine Bestrafung ausgeschlossen ist, wenn es auch ohne das Verhalten des Täters zu dem konkreten Verletzungserfolg gekommen wäre. Die Risikoerhöhungslehre kann sich hingegen auf das Argument einer umfassenden Gewährleistung des Rechtsgüterschutzes stützen, indem sie die Verantwortung für einen Verletzungserfolg bereits an der Gefahrerhöhung festmacht. Damit hat jede der beiden Ansichten gute Argumente auf ihrer Seite.

De lege lata ist Risikoerhöhungslehre aber nicht mit den fahrlässigen Verletzungserfolgsdelikten vereinbar, weil sie diese durch das alleinige Anknüpfen an die Gefahrerhöhung wie Gefährdungsdelikte behandelt. Dies kann auch der Einwand, wonach das Erfordernis der Risikoerhöhung die Strafbarkeit im Ergebnis einschränke,¹⁰¹ nicht beseitigen. Damit erweist sich der Ansatz der Risikoerhöhungslehre lediglich bei solchen Delikten als praktikabel, für deren Tatbestandserfüllung bereits die durch die Sorgfaltspflichtverletzung verursachte Gefahrerhöhung ausreicht.¹⁰² Solange es sich aber um Delikte handelt, bei denen der eingetretene Erfolg dem Täter auch zugerechnet werden können muss,¹⁰³ ist es entscheidend, dass sich die durch die Sorgfaltspflichtverletzung geschaffene oder erhöhte Gefahr auch tatsächlich in diesem Erfolg realisiert hat, der Erfolg und die Sorgfaltspflichtverletzung also nicht nur zufällig nebeneinander stehen. Erscheint es aber plausibel, dass derselbe Erfolg sich auch bei rechtmäßigem Verhalten des Täters nicht hätte verhindern lassen, wäre es kaum angemessen und stünde im Widerspruch zu Gerechtigkeitserwägungen, diesen als „Werk des Täters“ zu bezeichnen. Zur Begründung der Verantwortlichkeit des Täters ist also nachzuweisen, dass die eingetretene Rechtsgutsverletzung spezifische Folge seines pflichtwidrigen Verhaltens ist. Genau darauf verzichtet jedoch die Risikoerhöhungslehre und bleibt damit im Ergebnis hinter der vom Gesetz geforderten Erfolgsverursa-

¹⁰⁰ Vgl. dazu *Duttge* (Fn. 14), § 15 Rn. 164; *Hardtung* (Fn. 14), § 222Rn. 43; *Magnus*, JuS 2015, 402 (405 f.); *Prittwitz* (Fn. 38), S. 334 f.

¹⁰¹ Vgl. *Schünemann*, GA 1985, 341 (355).

¹⁰² Ähnlich auch *Frisch*, JuS 2011, 205 (208). Ein solches Delikt ist beispielsweise das fahrlässige Führen eines Fahrzeugs bei alkohol- oder rauchmittelbedingter Fahrunfähigkeit, § 316 Abs. 2 StGB.

¹⁰³ Zentral sind dies bezüglich die Tatbestände der fahrlässigen Tötung (§ 222 StGB) und der fahrlässigen Körperverletzung (§ 229 StGB).

chung durch Fahrlässigkeit zurück.

Bei der Auseinandersetzung um den Pflichtwidrigkeitszusammenhang geht es letztlich – wie bei so vielen anderen Streitständen – um die Frage, ob das Strafrecht weit oder eng angewendet werden soll. Gerechtigkeitserwägungen und der Gedanke der Fairness auf Seiten der Vermeidbarkeitstheorie und das kriminalpolitische Bedürfnis nach einem umfassenden Rechtsgüterschutz auf Seiten der Risikoerhöhungslehre stehen sich dabei gegenüber und beide Lager verzeichnen jeweils eine durchaus beachtliche Anhängerschaft. Damit ist gegenwärtig nicht zu erkennen, dass sich die Diskussion in Richtung einer abschließenden Klärung bewegt. Vielmehr scheint das Gegenteil der Fall zu sein, denn in der Wissenschaft werden weitere Ansätze entwickelt, die sich von den hier vorgestellten – bisher dominierenden – Konzepten unterscheiden.¹ Insofern wird sich nicht nur die Auseinandersetzung um die Bedeutung des rechtmäßigen Alternativverhaltens fortsetzen, sondern darüber hinaus auch die Frage der Legitimation des Pflichtwidrigkeitsvorwurfs als solche Wissenschaft und Praxis in Deutschland weiterhin beschäftigen.

¹ Eine Übersicht dazu findet sich bei Kühl (Fn. 24), § 15 Rn. 45.

Islamisches Strafrecht heute - Zum iranischen Strafgesetzbuch von 2013**

I Einführung

Nach der Verfassung der Islamischen Republik Iran von 1979 muss alles Recht islamisch sein. Das bedeutete, dass nach der Islamischen Revolution eine Reihe von Gesetzen aufgehoben wurde; viele andere blieben in Kraft, wurden aber so interpretiert, dass sie mit dem islamischen Recht vereinbar waren. Zu den Gesetzen, die aufgehoben wurden, gehörte das Strafgesetzbuch von 1926, das sich sehr stark am Vorbild des französischen Strafgesetzbuchs orientiert hatte. Es wurde in den Jahren 1982/1983 zunächst durch vier einzelne Gesetze ersetzt, von denen die ersten drei 1991 überarbeitet und zu einem einzigen Strafgesetzbuch zusammengefasst wurden. Das vierte Gesetz wurde ebenfalls stark überarbeitet 1996 angefügt, mit weiteren Ergänzungen 2009. Das Strafgesetzbuch von 2013² ist also zwar nicht der Form, aber der Sache nach das dritte Strafgesetzbuch in der Islamischen Republik Iran. Ungeachtet vieler Änderungen im Einzelnen blieb die Grundstruktur dieser Gesetze gleich. Man kann sie in ihrem Aufbau als einen Kompromiss zwischen dem kontinentaleuropäischen und dem islamischen Recht ansehen. So unterscheiden etwa deutsches oder französisches Recht einen Allgemeinen Teil

* Dr. Dr. h.c. Silvia Tellenbach, bis 2020 Leiterin des Referats Türkei/Iran/arabische Staaten am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht in Freiburg (jetzt: Max-Planck-Institut zur Erforschung von Kriminalität, Sicherheit und Recht).

** Der vorliegende Beitrag ist die aktualisierte und erweiterte Fassung des Beitrags „Grundzüge des iranischen Strafgesetzbuchs von 2013“, in: Iran-Reader 2017. Beiträge zum deutsch-iranischen Kulturdialog, Hrsg. Oliver Ernst, Konrad-Adenauer-Stiftung St. Augustin/Berlin 2017. Dem Herausgeber danke ich für die Gestattung der Verwendung.

¹ Vgl. Amtsblatt Nr. 19873 vom 6.3.1392 (25.5. 2013). – Zum neuen iranischen Strafgesetzbuch siehe eingehend Silvia Tellenbach, Zum neuen Strafgesetzbuch der Islamischen Republik Iran, ZStW 126 (2014), 775-801. Eine englische Übersetzung der ersten beiden Bücher findet sich unter <https://iranhrdc.org/english-translation-of-books-i-ii-of-the-new-islamic-penal-code/> (Letzter Aufruf: 7.5.2021).

des Strafgesetzbuchs, der Fragen regelt, die bei allen Straftaten gleichermaßen von Bedeutung sind, beispielsweise Täterschaft, Teilnahme oder Versuch, und einen Besonderen Teil, der einzelne Delikte regelt, beispielsweise Mord, Diebstahl oder Urkundenfälschung. Das islamische Recht dagegen kennt ursprünglich keinen Allgemeinen Teil und unterscheidet die Gruppen von Straftaten im Besonderen Teil nach den zu verhängenden Strafen, nicht nach den verletzten Rechtsgütern, in hadd-Strafen, Talions- oder Vergeltungsstrafen, Blutgeld und ta'zir- bzw. Züchtigungsstrafen, wie gleich zu erläutern sein wird. Für viele der Fragen, die in einem westlichen Allgemeinen Teil für alle Straftaten geregelt werden, gibt es für die unterschiedlichen Gruppen von Straftaten jeweils eigene Regelungen. Das neue iranische Strafgesetzbuch enthält nun einen Allgemeinen Teil (Erstes Buch), der beispielsweise die räumliche und zeitliche Geltung des Gesetzbuchs, Vorsatz, Fahrlässigkeit, Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe oder die möglichen Strafen regelt. An vielen Stellen heißt es aber, dass die Regelung dieses Allgemeinen Teils nur für ta'zir-Delikte gilt, oder es gibt in den Büchern über die drei anderen Gruppen besondere Regelungen, die als Spezialvorschriften den allgemeinen Vorschriften vorgehen. So definiert der Allgemeine Teil zwar Vorsatz und Fahrlässigkeit, die Bücher über Talionsstrafen und Blutgeld sprechen dagegen von Vorsatz, Quasi-Vorsatz und reinem Fehlverhalten.

Dem Allgemeinen Teil folgen drei Bücher, die sich am Aufbau des islamischen Strafrechts orientieren. Das Zweite Buch behandelt Taten, die mit hadd-Strafen (Pl. hudud) bedroht sind, nämlich Kreuzigung, Steinigung und anderen Formen der Todesstrafe, Amputationsstrafen, Auspeitschung und Verbannung. Diese Strafen sind im Koran (oder in der frühen Prophetenüberlieferung) für einen kleinen Kreis von Straftaten festgelegt sind, nämlich für Diebstahl, Straßenraub, Alkoholgenuss, unerlaubten Geschlechtsverkehr und dem verleumderischen Vorwurf eines unerlaubten Geschlechtsverkehrs, nach einem Teil der Lehre auch Rebellion und Abfall vom Islam. Das Dritte Buch regelt Talions- oder Vergeltungsstrafen (qisas), die bei vorsätzlicher Tötung und Körperverletzung zu verhängen sind, das Vierte Buch das Blutgeld (diyya), das bei nicht-vorsätzlichen Tötungs- und Körperverletzungsdelikten fällig wird, ferner bei vorsätzlichen Tötungs- und Körperverletzungsdelikten, bei denen aus rechtlichen Gründen keine Talionsstrafe verhängt werden kann oder bei denen die Bluträcher bereit sind, Blutgeld anzunehmen, statt auf der Hinrichtung des Täters zu be-

stehen.³ Derartige Strafbestimmungen bestanden schon in der vorislami-
schen Zeit, wurden aber durch das islamische Recht eingeschränkt.⁴ Diese
drei Gruppen machen das islamische Strafrecht im engeren Sinn aus, das
wesentlich durch die Scharia und fiqh, die islamische Rechtswissenschaft,
bestimmt wird. Die letzte Gruppe von Strafen, die in der Rechtspraxis weit
über 90% der Straftaten erfasst, sind die sogenannten ta'zir-Strafen oder
Züchtigungsstrafen. Sie ahnden jedes Verhalten, das je nach Zeit und Ort
verschieden, als strafwürdig erscheint. Sie müssen sich zwar im Rahmen
der islamischen Grundprinzipien halten, lassen aber der jeweiligen Obrig-
keit einen großen Spielraum für das, was sie als strafbar ansieht. Sie geben
dem islamischen Recht eine erhebliche Flexibilität und erlauben, dass vie-
le international anerkannte Rechtsnormen ohne Probleme ins islamische
Recht integriert werden können. Sie haben es auch ermöglicht, dass in
Iran weite Teile des Buchs, das die ta'zir-Strafen enthält (Fünftes Buch),
sich weiterhin an dem früheren iranischen und damit am französischen
Strafgesetzbuch orientieren. Ein neues Fünftes Buch über ta'zir-Strafen
gibt es nicht, vielmehr ist hier das frühere Gesetz von 1996 mit späteren
Änderungen erhalten geblieben.⁵ Im iranischen Strafrecht gibt es jedoch
noch zahlreiche Strafvorschriften außerhalb des Strafgesetzbuchs.⁶ Be-
sonders wichtig ist z.B. das Rauschgiftbekämpfungsgesetz von 1988 in der
Fassung von 2017.

³ Diese beiden Gruppen werden im sunnitischen Strafrecht in der Regel als eine Gruppe
behandelt.

⁴ So war vor dem Islam die Talionsstrafe auch bei unvorsätzlichen Tötungs- und Kör-
perverletzungsdelikten möglich und die Strafe konnte nicht nur an dem Täter selbst,
sondern an jedem Mitglied seiner Gruppe geübt werden, das dem Täter an Bedeutung
für die Gruppe gleichstand.

⁵ Es gibt jetzt also das Gesetz von 2013 mit 728 Artikeln und daneben das Gesetz von
1996 mit den Artikeln 498-729. Wer einen Gesetzesartikel mit Nummern zwischen Art.
498 und 718 zitieren will, muss jeweils das Gesetz dazu nennen also etwa Art. 515 von
1996 oder Art. 630 von 2013. – Eine englische Übersetzung dieses Buchs findet sich
unter <https://iranhrdc.org/islamic-penal-code-of-the-islamic-republic-of-iran-book-five/>
(Letzter Aufruf: 7.5.2021).

⁶ Die Sammlung der iranischen straf- und strafprozessrechtlichen Vorschriften von
Mohammed Reza Khasrawi, *Madjmu'e-ye kamel-e qawanin – o-moqarrarat-djazayi*,
Teheran 1393 (2014) umfasst 1532 Seiten.

Allgemeiner Teil

a) Das Gesetzlichkeitsprinzip

Eine der zentralen Fragen im iranischen Strafrecht betrifft das Gesetzlichkeitsprinzip.⁷ Moderne Autoren gehen auch von seiner Geltung im islamischen Recht aus, vor allem auf der Grundlage der Koranverse 17/15 und 65/7. Gemäß Art. 2 StGB ist jedes Handeln oder Unterlassen, für das im Gesetz eine Strafe vorgesehen ist, eine Straftat. Artikel 12 StGB formuliert in Anlehnung an Art. 36 der Verfassung noch ausführlicher: „Ein Urteil auf Strafen oder Maßregeln der Sicherung und Erziehung sowie seine Vollstreckung darf nur von einem zuständigen Gericht, aufgrund eines Gesetzes und unter Beachtung der darin festgelegten Voraussetzungen und Modalitäten verhängt und vollstreckt werden“. Überdies bestimmt Art. 13 StGB, dass ein Urteil, das auf Strafe oder eine Maßregel der Sicherung und Erziehung lautet, nicht Art und Ausmaß überschreiten darf, die im Gesetz festgelegt sind.

Ein Problem ergab sich aus dem Spannungsverhältnis zwischen Art. 36, 166 und Art. 169 der Verfassung, die ein Gesetzlichkeitsprinzip und ein Rückwirkungsverbot vorsehen, und dem Art. 167 der Verfassung, der folgendermaßen lautet: „Der Richter ist verpflichtet, sich bei jeder Streit-sache um eine Urteilsfindung anhand der geschriebenen Gesetze zu bemühen, und wen er keines findet, ein Urteil in dem Prozess zu fällen, indem er sich auf authentische islamische Rechtsquellen oder Rechtsgutachten bezieht. Er kann nicht unter dem Vorwand des Schweigens, der Lückenhaftigkeit, zu summarischen Formulierung oder Widersprüchlichkeit der geschriebenen Gesetze die Prüfung der Klage und die Fällung eines Urteils verweigern.“ In der Lehre war von jeher umstritten, ob diese Norm nur für zivilrechtliche Fälle gilt, ob sie nur im Rahmen der Auslegung von Rechtsbegriffen heranzuziehen ist oder ob sie tatsächlich Grundlage für ungeschriebene Tatbestände und Strafen sein kann.⁸ Einige Gesetze ließen jedoch erkennen, dass das staatliche Recht durchaus von der Möglichkeit der Schaffung neuer Straftatbestände ausging, so z.B. Art. 214 der Strafprozessordnung von 1999. Das Strafgesetzbuch von 2013 hat diese

⁷ Siehe hierzu und zum Folgenden eingehend Silvia Tellenbach, *The Principle of Legality in the Iranian Constitutional and Criminal Law*. In: Said Amir Arjomand/Nathan J. Brown eds, *The Rule of Law, Islam and Constitutional Politics in Egypt and Iran*, Albany 2013, 101-122.

⁸ Vgl. hierzu und zum Folgenden Tellenbach, 2013, 108-113.

Frage jetzt ausdrücklich entschieden. Es enthält nämlich im 2. Buch des Gesetzes (hadd-Delikte) in Art. 220 folgende Bestimmung: „ Im Falle von hadd-Strafen, die in diesem Gesetz nicht aufgeführt sind, wird gemäß Art. 167 der Verfassung verfahren“. Damit ist klargestellt, dass im Bereich der hadd-Strafen, aber auch nur dort, Taten bestraft werden können, die nach der Lehre des Islamischen Rechts als hadd-Straftaten angesehen werden, aber nicht ins iranische Strafgesetzbuch aufgenommen worden sind. Das hat vor allem in einem Fall Bedeutung, nämlich beim Abfall vom Islam. Weder in das hadd- und qisas-Gesetz von 1982, noch in das Strafgesetzbuch von 1991, noch in das Strafgesetzbuch von 2013 wurde ein Straftatbestand des Abfalls vom Islam aufgenommen. Aufgrund des Art. 220 StGB, der über Art. 167 der Verfassung einen direkten Rückgriff auf das islamische Recht ermöglicht, kann der Abfall vom Islam in Iran heute aber sehr wohl bestraft werden.

Art. 10 StGB sieht ein Rückwirkungsverbot vor, das jedoch nur bei Straftaten gilt, die mit ta'zir-Strafen zu bestrafen sind. Bei Straftaten, die mit hadd, qisas oder diya zu bestrafen sind, gilt diese Vorschrift nicht, denn sie gelten nach islamischer Auffassung seit dem Aufkommen des Islams, sodass sich hier die Frage einer Rückwirkung überhaupt nicht stellt.

b) Der Geltungsbereich des Strafgesetzbuchs

Wer in Iran eine Straftat begeht, wird in Iran bestraft (Art. 3). Ein iranischer Staatsangehöriger, der im Ausland eine Tat begeht, die nach dem iranischen Strafgesetz strafbar ist, wird bestraft, sobald er sich in Iran aufhält (Art. 7). Ob sein Tun auch am Tatort strafbar ist, ist unbeachtlich. Eine Iranerin also, die im Ausland die iranischen Bekleidungs Vorschriften nicht einhält, macht sich damit in Iran strafbar. - Ein Ausländer, der im Ausland eine Tat begeht, die in Iran strafbar ist, wird in Iran nur bestraft, wenn sich die Tat gegen den iranischen Staat oder eine iranische natürliche oder juristische Person richtet und - im Gegensatz zur Auslandstat eines Iraners - die Tat am Tatort strafbar ist (Art. 8). Bisher stellte sich immer wieder die Frage, was geschieht, wenn ein iranischer Staatsangehöriger wegen einer z.B. in Deutschland begangenen Tat bereits dort bestraft worden ist. Würde er bei einer Rückkehr nach Iran ein zweites Mal in Iran vor Gericht gestellt werden? Bisher musste man nach den rechtlichen Regelungen davon ausgehen, dass das geschehen könnte, auch wenn derartige Fälle in der Praxis seit langem nicht bekannt geworden sind. Hier trifft das neue Gesetz nun ausführliche Regelungen. Bei der Gruppe der ta'zir-Stra-

fen⁹ gilt jetzt im Regelfall, dass keine erneute Strafverfolgung eingeleitet werden kann, wenn der Täter bereits im Ausland verurteilt wurde und die Strafe ganz oder teilweise verbüßt hat oder wenn er freigesprochen wurde (Art. 7). Ausnahmen gibt es für einen Katalog von Taten, der vor allem Straftaten gegen die innere und äußere Sicherheit Irans sowie die Fälschung von bestimmten wichtigen Urkunden oder von Münzen, Banknoten und Wertpapieren betrifft. Hier kann es zu einer zweiten Verfolgung kommen, bei einer Strafe wird aber eine im Ausland verbüßte Strafe angerechnet (Art. 5). Uneingeschränkt können ein zweites Mal Straftaten verfolgt werden, die Amtsträger der Islamischen Republik im Zuge der Erfüllung ihrer Aufgaben im Ausland begangen haben (Art. 6).¹⁰

c) Täter und Tat

Täter sind im Regelfall natürliche Personen, und jeder ist für seine eigene Tat verantwortlich (Art. 143, 141). Voraussetzung für die strafrechtliche Verantwortlichkeit ist, dass ein Täter geistig gesund und strafmündig¹¹ ist und aus freiem Willen gehandelt hat (Art. 140). Neu ist im iranischen Strafgesetzbuch, dass nunmehr auch juristische Personen des Privatrechts bestraft werden können (Art. 143), also beispielsweise Firmen. Damit folgt das iranische Recht wiederum dem französischen Vorbild. Die Bestrafung einer juristischen Person des Privatrechts ist möglich, wenn ihre rechtlichen Vertreter eine Straftat in ihrem Namen oder zu ihrem Nutzen begehen. Die Bestrafung der juristischen Person hindert jedoch eine Bestrafung der natürlichen Personen nicht, die an der Straftat beteiligt waren (Art. 143).

Eine Straftat wird in erster Linie durch aktives Tun begangen. Manchmal ist auch ein Unterlassen strafbar, z.B. die Verletzung der Unterhaltspflicht gegenüber der Ehefrau (Art. 642 StGB v. 1996). Fälle der Strafbarkeit des unechten Unterlassens sind im islamischen Recht anerkannt, so das vielzitierte Beispiel der Mutter, die ihr Baby verhungern lässt. Die iranische Rechtswissenschaft behandelt diese Möglichkeit, wohl unter fran-

⁹ Also nicht *beihadd*-Strafen oder bei den mit Talionsstrafen oder Blutgeld zu bestrafenden Tötungs- und Körperverletzungsdelikten.

¹⁰ Beim wichtigsten Fall derartiger Amtsträger, nämlich diplomatischen und konsularischen Beamten, tritt das Problem der Doppelbestrafung jedoch schon deshalb nicht auf, weil sie Immunität vor Strafverfolgung im Gastland genießen.

¹¹ Zum Jugendstrafrecht siehe unten e).

zösischem Einfluss, zurückhaltend.¹² Sie ist jedoch im StGB von 2013 bei Tötung und Körperverletzung ausdrücklich vorgesehen (Art. 295).

Der Versuch war bisher nur knapp geregelt. Das mag damit zusammenhängen, dass das klassische islamische Recht den Versuch als Abbruch einer geplanten Haupttat nicht dogmatisch ausgearbeitet hatte. Ein Versuch wurde vielmehr als eine mit einer ta'zir-Strafe zu bestrafende vollendete Tat angesehen. So war noch im Strafgesetzbuch von 1991 ein Versuch mit der Strafe für das Delikt zu bestrafen, das bis zum Abbruch der geplanten Tat bereits vollendet war (Art. 41); wenn also das schwer verletzte Opfer überlebte, war der Täter wegen vollendeter Körperverletzung, nicht wegen versuchter Tötung zu bestrafen. Jetzt wurde der Versuch im Gesetz von 2013 umfassend neu geregelt. Die neue Vorschrift stellt zunächst klar, dass ein Tatvorsatz, der Beginn einer Tatausführung und ein Abbruch der Ausführungshandlung aus einem Grund außerhalb des Willens des Täters vorliegen müssen.¹³ Die Versuchsstrafe orientiert sich an der Strafe für die geplante vollendete Tat, die gemilderten Versuchsstrafen werden gestaffelt im Gesetz aufgeführt (Art. 122).

Neu ist die gesetzliche Definition von vorsätzlichem und unvorsätzlichem Handeln. Bei vorsätzlicher Tat muss außer dem Wissen des Täters von der Straftat der Wille zu ihrer Begehung vorliegen, bei Erfolgsdelikten muss der Wille des Erfolgseintritts gegeben sein (Art. 144). Bei unvorsätzlichen Straftaten muss ein fahrlässiges Handeln vorliegen. Dieses kann aus Unvorsichtigkeit oder Nachlässigkeit bestehen; mangelndes Können oder Nichtbeachtung staatlicher Vorschriften und ähnliches werden als Fälle von Unvorsichtigkeit oder Nachlässigkeit angesehen (Art. 145).

Mittäterschaft ist nicht nur bei vorsätzlichen Taten anerkannt, sondern wird im Gegensatz zum deutschen Recht auch bei fahrlässigen Taten für möglich gehalten (Art. 125). Bei Taten, die mit hadd-Strafen, Talionsstrafen oder Blutgeld geahndet werden, sind jedoch Sonderregelungen zu beachten. Anstifter und Gehilfen werden als Teilnehmer angesehen und ihre Tätigkeiten im Gesetz genau beschrieben (Art. 126). Sie werden insgesamt leichter bestraft als Haupttäter; das gilt auch für den Anstifter, der in vielen Rechten wie ein Täter bestraft wird, beispielsweise in Deutsch-

¹² Ablehnnd Mohammed Ali Ardebili, Hoquq-e djazai-ye omumi. Djeld-e nakhost (Strafrecht AT Bd.1), Teheran 1394 (2014), S. 304 f; eher positiv Abbas Zira'at, Hoquq-e djazai-ye 'omumi 1 wa-2 (Strafrecht AT 1-2), 2. Aufl. Teheran 1392 (2014), S. 142 f.

¹³ Das ergab sich zwar bisher bereits indirekt aus der gesetzlichen Erläuterung zum Rücktritt vom Versuch, wurde aber erst jetzt ausdrücklich festgestellt.

land und Frankreich (Art. 127). Wer ein Kind als Werkzeug für eine Tatbegehung oder für Beihilfeleistungen benutzt, ist mit der Höchststrafe für Täter bzw. Teilnehmer zu bestrafen (Art. 128).

d) Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe

Obwohl ein Täter eine Tat begangen hat, kennt auch das iranische Recht zahlreiche Gründe, warum er dennoch nicht bestraft wird. So kann er aus Notwehr oder in einem Notstand gehandelt haben. Eine Tat ist gerechtfertigt und damit straffrei, wenn sie zur Abwehr eines Angriffs auf Leben, Ehre, Vermögen oder Freiheit des Täters oder eines Dritten geschieht, begründete Anzeichen für einen Angriff und eine rationelle Furcht vor ihm gegeben waren, der Angriff nicht selbst provoziert, die Abwehrhandlung erforderlich und staatliche Hilfe nicht oder nicht rechtzeitig zu erlangen war (Art. 156,157). Strafflos bleibt, wer angesichts einer gegenwärtigen oder bevorstehenden großen Gefahr, etwa einem Erdbeben oder einer Überschwemmung, eine Straftat begeht, um sein Leben oder Vermögen oder Leben und Vermögen eines anderen zu retten. Allerdings darf der Täter die Gefahr nicht selbst verursacht haben, die Straftat muss zu der Gefahr verhältnismäßig gewesen sein, und der Täter darf nicht verpflichtet gewesen sein, sie zu bestehen (Art. 152). Die Einwilligung gilt in den meisten Fällen als Tatbestandselement, bei deren Vorliegen die Erfüllung des Tatbestands entfällt. Zu beachten ist aber, dass der Einwilligende die Verfügungsgewalt über das Recht haben muss, das er aufgibt. Das ist im islamischen Recht besonders an zwei Stellen wichtig:¹⁴ Zum einen hat ein Mensch keine Verfügungsgewalt über sein Leben, darum sind weder Selbstmord noch Einwilligung in die eigene Tötung erlaubt. Zum anderen sind sexuelle Kontakte keine Sache der Privatsphäre, sondern der Gesellschaft, darum hängt ihre Zulässigkeit nicht von der Einwilligung der Betroffenen ab.

Wer eine Straftat unter unwiderstehlichem Zwang begeht, wird nicht bestraft. Bei ta'zir-Straftaten wird der Zwang Ausübende als Täter bestraft, für hadd- und qisas-Straftaten bestehen wiederum Sondervorschriften (Art. 151). Eine gewichtige Ausnahme besteht bei dem Zwang, einen anderen zu töten. Nach einem Grundsatz, der im islamischen Recht allgemein anerkannt ist, darf niemand einen anderen töten, um sich selbst zu retten.¹⁵ Daher bestimmt Art. 375, dass niemand einen anderen töten darf,

¹⁴ Ardebili, S. 273.

¹⁵ Peters, Crime and Punishment in Islamic Law – Theory and Practice from the Sixteenth

auch wenn er dazu gezwungen wird (Art. 375).

Zum ersten Mal wird in einem iranischen Strafgesetzbuch der Verbotsirrtum ausdrücklich geregelt (Art. 155): Unkenntnis einer Vorschrift hindert eine Bestrafung nicht, außer wenn es üblicherweise unmöglich ist, die Kenntnis der Vorschrift zu erlangen oder wenn die scheriatrechtlichen Bestimmungen an die Unkenntnis der Bestimmung den Wegfall der Strafe knüpfen. Hier wird ein Unterschied zwischen dem westlichen Recht und dem islamischen Recht deutlich. Im westlichen Recht gilt grundsätzlich, dass Unkenntnis der Vorschrift nicht vor Strafe schützt. Hierfür gibt es nur die Ausnahme des unvermeidbaren Verbotsirrtums, wobei die Anerkennung einer solchen Unvermeidbarkeit sehr eng gefasst wird. Im Scheriatsrecht dagegen führt ein nachgewiesener oder auch nur behaupteter Irrtum über das Bestehen eines Verbots leichter zum Wegfall einer hadd-Strafe. So heißt es generell für allehadd-Delikte, dass sich der Täter neben den sonstigen Voraussetzungen für eine strafrechtliche Verantwortlichkeit des scheriatrechtlichen Verbotenseins seiner Handlung bewusst gewesen sein muss. Dabei wird nicht danach gefragt, ob er es hätte sein müssen oder sein können. Allerdings bedeutet Wegfall einer hadd-Strafe nicht automatisch Straffreiheit, es könnte dann eine Strafe nach ta'zir-Vorschriften verwirkt sein.

Einer der wichtigsten Grundsätze im islamischen Strafrecht ist der Grundsatz der Abwendung von hadd-Strafen (qa'ide-ye dar'). Besteht irgendein Zweifel im Hinblick auf ein Element der Straftat oder die Verantwortlichkeit des Täters und lässt er sich nicht beseitigen, so darf keine hadd-Strafe verhängt werden (Art. 120). Diese Norm erinnert an das Prinzip „in dubio pro reo“, im Zweifel für den Angeklagten, geht aber noch weiter. In einer Reihe von Fällen ist nämlich von vornherein verboten, einem solchen Zweifel nachzugehen, um ihn zu beseitigen. Vielmehr muss die Situation angenommen werden, die dem Angeklagten günstiger ist. Zu unterscheiden ist hier nur, ob der Angeklagte die Tatsachen, die den Zweifel begründen von sich aus vorbringen muss oder ob sie automatisch zu seinen Gunsten angenommen werden. Die erste Möglichkeit betrifft vor allem Fälle eines verbotenen Geschlechtsverkehrs. Behauptet etwa ein Paar, es hätte geglaubt, in rechtsgültiger Ehe verheiratet zu sein, so wird diese Behauptung ohne weitere Ermittlungen akzeptiert. Bei der zweiten Möglichkeit greift eine unwiderlegliche Vermutung. Beispielsweise ist bei dem Vater, der seinen Sohn bestiehlt, stets davon auszugehen,

to the Twenty-first Century, Cambridge 2005, S. 24.

er habe das aufgrund der Prophetenüberlieferung „Du und dein Eigentum gehören deinem Vater“ getan.¹⁶ In beiden Fällen entfällt eine hadd-Strafe. Allerdings bleibt zu prüfen, inwieweit noch eine Bestrafung wegen eines ta'zir-Delikts möglich ist.

e) Jugendstrafrecht

Erhebliche Änderungen gab es im Strafrecht für Jugendliche.¹⁷ Das frühere Strafrecht der Islamischen Republik kannte kein Jugendstrafrecht, das für Jugendliche ein besonderes Sanktionensystem vorgesehen hätte.¹⁸ Vielmehr enthielt das Strafgesetzbuch nur die Bestimmung, dass Kinder nicht strafrechtlich verantwortlich seien und definierte als Kind eine Person, die den bulugh, die Mündigkeit, die nach dem islamischen Recht an das Auftreten der Zeichen der körperlichen Reife anknüpft, noch nicht erreicht hat. Das Strafgesetzbuch äußerte sich hierzu jedoch nicht. Daher wurde hier auf Art. 1210 des Zivilgesetzbuchs zurückgegriffen, der festlegt, dass der bulugh bei Mädchen mit neun Mondjahren, also ca. acht Jahre und neun Monate in Sonnenjahren und Jungen mit 15 Mondjahren, also mit ca. 14 Jahren und sieben Monaten in Sonnenjahren erreicht ist. Dann aber waren sie voll strafmündig, Zwischenstufen wie sie in Deutschland von 14-18 Jahren (Jugendliche) und 18-21 Jahre (Heranwachsende) bestehen, sah das Gesetz nicht vor. Der Vorwurf, Iran würde Jugendliche hinrichten, die noch nicht voll strafmündig seien, ging aus iranischer Sicht ins Leere, denn die Fälle, die Anlass zu westlichen Protesten gaben, betrafen typischer Weise Jungen von 16 oder 17 Jahren, und diese galten in Iran als voll strafmündig. Dass diese frühen Altersgrenzen ohne das Zwischenstadium des Jugendlichen hochproblematisch waren, wurde auch in Iran gesehen, und der Umgang mit straffälligen Jugendlichen war eines der wichtigsten Reformanliegen. Die Art, wie dieses Problem in dem neuen Gesetzbuch gemeistert wurde, ist ein gutes Beispiel dafür, wie im islamischen Recht Rechtsfortbildung betrieben werden kann, auch wenn eine entgegenstehende Norm vorhanden ist, die als religiöses Recht für unabänderlich gehalten wird: diese wird eingebettet in andere materielle oder verfahrensrechtliche Normen, die dazu führen, dass im Ergebnis das kriminalpolitische Reformziel erreicht wird, ohne die für unabänderlich

¹⁶ Peters, S. 22f.

¹⁷ Zum neuen iranischen Jugendstrafrecht siehe Maryam Abachi, The Modern System of Juvenile Justice in Iran, ZStW 127 (2015), 822-841.

¹⁸ Freilich waren Erziehungsmaßnahmen gegen Kinder möglich.

angesehene Norm anzutasten. Das neue Gesetz enthält daher wiederum den Grundsatz, dass Mädchen mit neun, Jungen mit 15 Mondjahren den bulugh und damit die Strafmündigkeit erreichen (Art. 147). Dann finden sich aber im Kapitel über die Strafen detaillierte Vorschriften wie mit Jugendlichen umzugehen ist. Bei Straftaten, die mit ta'zir-Strafen bedroht sind, wird gegen Kinder und Jugendliche unter 15 Sonnenjahren eine Reihe von Erziehungsmaßregeln verhängt, zwischen zwölf und 15 Jahren sind auch leichte Strafen möglich wie die Ermahnung des Richters, oder eine Selbstverpflichtung keine Straftaten mehr zu begehen, schließlich bei schweren und mittelschweren Straftaten die Unterbringung in einem Erziehungszentrum für drei Monate bis zu einem Jahr (Art. 88). Jugendliche zwischen 15 und 18 Jahren werden mit Unterbringung in einer Erziehungsanstalt bestraft, die bei schweren Straftaten bis zu fünf Jahren dauern kann, bei mittelschweren Straftaten kann stattdessen Geldstrafe oder gemeinnützige Arbeit verhängt werden, bei leichten Straftaten nur Geldstrafe oder gemeinnützige Arbeit, aber keine Unterbringung in einem Erziehungszentrum (Art. 89).

Bei den hadd- und qisas-Delikten wird eine Person, die den bulugherreicht hat, aber noch nicht 18 Jahre alt ist und das Wesen der Straftat und ihres Verbots nicht erfasst oder an deren geistiger und seelischer Reife Zweifel bestehen, je nach den Umständen mit denselben Strafen wie bei ta'zir-Delikten bestraft (Art. 91). Zur Feststellung derartiger Zweifel kann das Gericht das Gutachten eines Gerichtsmediziners einholen es kann sich aber auch jedes anderen Mittels bedienen (Gesetzliche Erläuterung zu Art. 91). Das bedeutet, dass es beispielsweise Verwandte, Nachbarn, Lehrer oder andere Personen aus dem nahen Umfeld befragen kann. Damit hat das Gericht aber einen so großen Spielraum, dass es die schweren hadd- und qisas-Strafen bei Personen unter 18 Jahren fast immer vermeiden kann.

III. Hadd-Straftaten

Von den Straftaten, die mithadd-Strafen bestraft werden, seien hier die folgenden genannt

a) Verbotener Geschlechtsverkehr

Grundsätzlich ist nach islamischem Recht jeder Geschlechtsverkehr zwischen Personen strafbar, die nicht mit einander verheiratet sind (Art.

221). Die Strafe für den Geschlechtsverkehr von Unverheirateten sind 100 Peitschenhiebe (Art. 230). Für Personen, die einen Ehebruch begehen, ist die Steinigungsstrafe zu verhängen, wenn noch bestimmte weitere Voraussetzungen gegeben sind (Art. 225): Eine Person muss muhsan bzw. muhsana sein (Art. 226). Das bedeutet, dass sie in dauernder Ehe, nicht nur in einer Zeitehe,¹⁹ verheiratet sein und in der Ehe bereits Verkehr gehabt haben muss, außerdem jederzeit, wo er oder sie es wünscht, mit seinem/ihrem Ehepartner Verkehr haben kann. Ist das nicht möglich, so kommt keine Steinigung in Betracht. Als Beispiele einer solchen Unmöglichkeit nennt das Gesetz Reisen, Inhaftierung, Monatsblutung, Wochenbett oder eine Krankheit, die ein Zusammenkommen hindert oder eine Gefahr für den anderen bedeutet wie Aids oder Syphilis (Art. 227).

Weiterhin strafbar sind Homosexualität und lesbische Liebe, die beide gewissermaßen ein Unterfall des sexuellen Umgangs außerhalb einer Ehe sind. Homosexualität im Sinne des Gesetzes bedeutet das Eindringen des Glieds in den After des Partners (Art. 232). Dabei wird auffallenderweise der passive Partner mit dem Tode bestraft, der aktive Partner nur dann, wenn er mit Zwang und Gewalt gehandelt hat oder muhsan ist, also gleichzeitig in einer dauernden Ehe verheiratet ist, in der er jederzeit Verkehr haben kann (Art. 234). Ferner wird der aktive Partner mit dem Tode bestraft, wenn er Nichtmuslim, der passive Partner aber Muslim ist (Gesetzliche Erläuterung 1 zu Art. 234). In allen anderen Fällen von homosexuellem Verkehr beträgt die Strafe 100 Peitschenhiebe (Art. 234). Diese Strafe steht auch auf sonstige sexuelle Handlungen von Gewicht zwischen Homosexuellen (Art. 236).²⁰ Bei Frauen werden lesbische Handlungen von Bedeutung ebenfalls mit 100 Peitschenhieben bestraft (Art. 239), ein Unterschied zwischen aktiver und passiver, muslimischer oder nichtmuslimischer Partnerin wird nicht gemacht, ebenso wenig, ob eine Partnerin muhsana ist oder nicht (Art. 240). Geringfügige sexuelle Handlungen von Homosexuellen und Lesbierinnen wie beispielsweise Küsse und Umarmungen sind mit 31-74 Peitschenhieben zu ahnden (Art. 237).

Verurteilungen wegen dieser Delikte werden aber dadurch eingeschränkt, dass sowohl das Strafgesetzbuch wie auch die Strafprozessord-

¹⁹ Nach schi'itischem Recht ist es möglich, eine Ehe mit geringeren Rechten und Pflichten für eine von vornherein begrenzte Zeit zu schließen. Diese Möglichkeit wird von den sunnitischen Muslimen dezidiert abgelehnt.

²⁰ Ist hierbei der aktive Partner Nichtmuslim, der passive Partner Muslim, so ist auch hier die Todesstrafe vorgesehen (gesetzliche Erläuterung zu Art. 236).

nung die Zulässigkeit von Ermittlungen bei derartigen Taten begrenzt. Nach Art. 241 StGB dürfen keine Ermittlungen geführt werden, wenn der Beschuldigte die Tat bestreitet und keine Beweismittel vorliegen, außer wenn es sich um Taten handelt, die möglicherweise durch einen der im Gesetz aufgeführten Fälle von Gewalt und Täuschung begangen worden sind. Nach der Strafprozessordnung sind Ermittlungen bei verbotenen Geschlechtsverkehr, homosexuellem Verkehr und den sonstigen Straftaten gegen die Sittlichkeit nur dann zulässig, wenn sie in der Öffentlichkeit geschehen sind oder wenn ein Ankläger vorhanden ist. Auch dann dürfen Ermittlungen nur durch den Richter des Gerichts, nicht durch den Untersuchungsrichter, geführt werden und müssen sich auf den Inhalt der Klage und auf die öffentlich gewordenen Umstände beschränken (Art. 102 Strafprozessordnung).

b) Alkoholgenuss

Strafbar ist der Alkoholgenuss, der mit 80 Peitschenhieben zu bestrafen ist (Art. 264, 265). Diese Strafdrohung ist jedoch nur für Muslime vorgesehen. Für Nichtmuslime gilt, dass sie nur dann bestraft werden, wenn sie in der Öffentlichkeit trinken oder sich nach Alkoholgenuss im Privatbereich in betrunkenem Zustand in der Öffentlichkeit zeigen (Art. 266). Davon ist jedoch die Rolle zu unterscheiden, die Alkoholgenuss für die Verantwortlichkeit für andere Straftaten spielt. Hier wird im Kapitel über die Gründe, die eine strafrechtliche Verantwortlichkeit hindern, bestimmt, dass Trunkenheit oder Willensunfähigkeit, die auf dem freiwilligen Genuss von alkoholischen Getränken, Betäubungsmitteln, psychedelischen Stoffen oder ähnlichem beruhen, eine strafrechtliche Verantwortlichkeit nicht hindert, außer wenn festgestellt wird, dass der Täter im Augenblick der Tat völlig steuerungsunfähig war. Das gilt jedoch nicht, wenn sich der Täter mit der Absicht der Tatbegehung oder mit dem Wissen, dass er die Tat begehen würde, in diesen Zustand versetzt hat (Art.154).

c) Diebstahl

Der Koranvers 5,38 „der Dieb und die Diebin, hackt ihnen die Hände ab“ ist die Grundlage für eine Bestrafung des Diebstahls mit einer hadd-Strafe. Aber gerade bei diesem Delikt wird deutlich, wie die islamische Rechtswissenschaft seit Jahrhunderten durch Auslegungen und Kommentierungen die Möglichkeit, einen Dieb mit Handabhacken zu bestrafen, eingeschränkt hat. Diese Lehren spiegeln sich wider in den heuti-

gen Art. 268 StGB, der außer den allgemeinen Strafbarkeitsvoraussetzungen 14 weitere Voraussetzungen aufstellt, damit ein Diebstahl mit einer hadd-Strafe bestraft werden kann. Diebstahl wird als die Wegnahme einer fremden Sache definiert (Art. 267). Zunächst muss der Dieb strafmündig und geistig gesund sein, und die Tat vorsätzlich begehen. Er muss wissen und es muss ihm zur Tatzeit bewusst sein, dass der Gegenstand jemand anderem gehört und seine Wegnahme verboten ist. Er darf nicht unter Zwang handeln. Der gestohlene Gegenstand muss mindestens den Wert von umgerechnet 1,6 Gramm Gold haben und in einem zur sicheren Verwahrung geeigneten Behältnis verwahrt sein. Dieses Behältnis muss der Dieb heimlich erbrechen und den Gegenstand entnehmen. Wird der Diebstahl in einem Hungerjahr begangen, so wird keine hadd-Strafe verhängt. Ebenso gibt es keine hadd-Strafe, wenn der gestohlene Gegenstand Eigentum des Staates, einer religiösen Stiftung oder einer ähnlichen Institution war – schließlich könnte der Dieb ja zu deren Begünstigten gehören. Schließlich entfällt eine hadd-Strafe, wenn der Täter den gestohlenen Gegenstand nachträglich erbt, kauft, vom Bestohlenen geschenkt erhält oder durch einen anderen Rechtsakt erwirbt oder wenn der gestohlene Gegenstand einem Abkömmling des Täters gehört (Art. 268). Sind die Voraussetzungen für eine hadd-Strafe nicht erfüllt, so ist der Dieb jedoch mit einer ta'zir-Strafe zu bestrafen (Art. 651 ff Ges. v. 1996). Auf den Grundtatbestand steht Gefängnis von 91 Tagen bis zu zwei Jahren Gefängnis und Auspeitschung (Art. 661 Ges. v.1996), dazu kommt ein detailliertes System von Strafschärfungsgründen (Art. 656-660 Ges. v. 1996).

d) Verderbenstiften auf Erden, Kampf gegen Gott und Rebellion

Im hadd-und qisas-Gesetz von 1982 und im Strafgesetzbuch von 1991 wurden die Straftatbestände „Kampf gegen Gott“ und „Verderbenstiften auf Erden“ miteinander vermischt, die im klassischen Recht stets als zwei unabhängige Straftaten behandelt wurden. Das Strafgesetzbuch von 2013 hat sie jetzt wieder getrennt. Der „Kampf gegen Gott“, der auf dem Koranvers 5,33 basiert, bestraft den Einsatz von Waffen, um dadurch Angst und Schrecken unter der Bevölkerung zu verbreiten. Dieser Einsatz muss an einem Ort erfolgen, an dem der Angegriffene besonders wehrlos ist. Das war früher außerhalb von Siedlungen der Fall, weswegen die Tat oft auch als Straßenraub bezeichnet wird. Heute wird als das Charakteristikum gesehen, dass zwischen Täter und Opfer keine persönliche Beziehung besteht, dieses also ein Zufallsopfer ist. An Strafen sind hier vier

Möglichkeiten vorgegeben: Kreuzigung, Hinrichtung, Abhacken der rechten Hand und des linken Fußes oder Verbannung. Das Strafgesetzbuch überlässt es dem Richter, welche dieser vier Strafen er für angemessen hält. Während des Bestehens der Islamischen Republik ist bisher kein Fall einer Kreuzigung bekannt geworden.

Auf das Verderbenstiften auf Erden steht die Todesstrafe. Darunter fallen laut Art. 286 StGB Straftaten gegen die körperliche Unversehrtheit, gegen die innere und äußere Sicherheit des Staates, die Verbreitung von Lügen, Delikte gegen die Wirtschaftsordnung, Verbreitung von giftigen, mikrobischen und gefährlichen Substanzen oder das Betreiben von Bordellen. Diese Taten müssen aber von einer solchen Bedeutung sein dass dadurch die öffentliche Ordnung des Landes schwer beeinträchtigt oder Unsicherheit, schwere Schäden an Leib und Leben von Personen, öffentlichem oder privatem Eigentum herbeigeführt wird. – Wann diese Handlungen ein Ausmaß erreichen, dass sie den Tatbestand des Verderbenstiftens auf Erden erfüllen, ist jedoch nicht festgelegt. Dem Gericht bleibt ein erheblicher Spielraum, auch für willkürliche Anwendungen.

Schließlich stellt Art. 287 die Rebellion, den bewaffneten Aufstand gegen die Ordnung der Islamischen Republik, gesondert unter Strafe. Eine Gruppe, die verhaftet wird, nachdem sie bereits Waffen eingesetzt hat, wird als Kämpfer gegen Gott mit dem Tode bestraft, Mitglieder, die verhaftet werden, bevor sie Waffen eingesetzt haben, werden mit ta'zir-Strafen der Gruppe 3 bestraft, wenn die Gruppe und ihre zentrale Bedeutung weiterbestehen, mitta'zir-Strafen der Gruppe 5, wenn sie aufgelöst ist (Art.288).

IV. Talion und Blutgeld

Es geht hier um Tötungs- und Körperverletzungsdelikte. Auf vorsätzliche Taten steht grundsätzlich die Taliono der Vergeltung(qisas), also die Tötung oder eine Körperstrafe, die der Verletzung des Opfers entspricht. Auf nicht-vorsätzliche Delikte steht ein Blutgeld. Dabei gibt es eine besondere Einteilung bei vorsätzlichen und nicht vorsätzlichen Delikten. Eine vorsätzliche Tat liegt vor ('amd), wenn der Täter mit Tötungsabsicht gehandelt hat, wenn er vorsätzlich eine Handlung ausgeführt hat, die erfahrungsgemäß tödlich wirkt und ihm das bewusst ist, auch wenn er keine Tötungsabsicht hatte oder wenn die Handlung aufgrund einer besonderen Konstitution oder besonderer Umstände beim Opfer tödlich wirkte und dem Täter diese Eigenschaften oder Umstände bekannt waren (Art. 290).

Ein Quasi-Vorsatz (shibh 'amd) wird angenommen, wenn der Täter zwar den Vorsatz einer gegen das Opfer gerichteten Handlung aber keinen Tötungsvorsatz hatte, ferner wenn beim Objekt ein Irrtum vorlag, wenn er es beispielsweise für ein Tier gehalten hatte, schließlich wenn er fahrlässig gehandelt hat. Ein „reines Fehlverhalten“ (khata-yemahz) liegt vor, wenn die Tat im Schlaf oder bewusstlos begangen wurde, der Täter unmündig oder geisteskrank war oder wenn er überhaupt keinen Vorsatz einer gegen das Opfer gerichteten Handlung, geschweige denn einen Tötungsvorsatz hatte (Art.292).

Für eine Talionsstrafe müssen aber noch weitere Voraussetzungen erfüllt sein. Dazu gehört im Prinzip die Religionsgleichheit zwischen Täter und Opfer (Art 301). Ist der Täter ein Muslim, so kann eine Talionsstrafe nur verhängt werden, wenn auch das Opfer ein Muslim ist; anderenfalls muss der Täter nur ein Blutgeld zahlen. Gleiches gilt, wenn ein Nichtmuslim, der ein Angehöriger der verfassungsrechtlich geschützten Religionen Christentum, Judentum oder Zoroastrismus ist, einen anderen Anhänger dieser Religionen oder einen nichtmuslimischen Ausländer tötet, der für einen dauernden oder vorübergehenden Aufenthalt eine Schutzzusage des Staates genießt (Art. 310, S.1).²¹ Ist das Opfer jedoch ein Muslim, der Täter ein Nichtmuslim, so gilt das Erfordernis der Religionsgleichheit nicht, der Täter ist vielmehr mit der Talionsstrafe zu bestrafen (gesetzliche Erläuterung zu Art. 301). Ist das Opfer ein Nichtmuslim, der weder ein Angehöriger einer verfassungsrechtlich geschützten Religion ist, noch eine Schutzzusage genießt, so ist weder Talion zu üben noch Blutgeld zu zahlen, sondern nur eine Strafe nach ta'zir-Grundsätzen zu verhängen(Art. 310). Neu ist die Bestimmung, dass iranische Staatsangehörige wie auch Angehörige fremder Staaten, die keiner der verfassungsmäßig geschützten Religionen angehören, dem nichtmuslimischen Ausländer, der eine dauernde Schutzzusage hat (musta'min) gleichgestellt werden (gesetzliche Erläuterung zu Art. 310). Damit ist ein erster Schritt getan, dass auch die Tötung von Baha'i nicht mehr straflos bleibt.

Das Blutgeld für Nichtmuslime, die einer der verfassungsrechtlich geschützten Religionen angehören, war bereits 2004 dem Blutgeld für Muslime gleichgestellt worden. Das Blutgeld für Frauen beträgt im Fall ei-

²¹ Das Strafgesetzbuch benutzt hier die klassischen Begriffe *musta'min* und *mu'ahid*. Ein *musta'min* ist eine Person, die sich mit einer Gesandtschaft, zum Handel oder ähnlichem im islamischen Staat aufhält, ein *mu'ahid* hat aufgrund eines Waffenstillstands eine vorübergehende Schutzzusage.

ner Tötung aber nur die Hälfte des Blutgelds, das die Familie eines Mannes bekam. Diese Regelung ist weiterhin im Strafgesetzbuch enthalten (Art. 550). Seit 2008 jedoch zahlt die Versicherung den Familien einer Frau, die durch einen Verkehrsunfall getötet wurde, die Differenz zwischen dem Blutgeld einer Frau und dem Blutgeld eines Mannes. Diese Regelung wurde jetzt ausgeweitet; für alle getöteten Frauen, genauer gesagt alle Personen, die keine Männer sind, also auch Diverse (Art. 551), zahlt eine Schadensersatzkasse. Es bleibt zwar dabei, dass der Täter selbst nur mit der Zahlung eines halben Blutgeld bestraft wird, dass aber wenigstens die Familien der getöteten Frauen ein volles Blutgeld erhalten.

V. Zum Beweisrecht

Taten, die mit hadd-Strafen, Talionsstrafen oder Blutgeld bestraft werden, haben besondere Beweiserfordernisse. Die klassischen Beweismittel sind Geständnis und Zeugen, bei Talionsstrafen und Blutgeld in bestimmten Situationen auch der Eid und ein altertümliches Schwurverfahren, bei dem je nach Tat bis zu 50 Eide von einer entsprechenden Zahl von Eideshelfern für den Täter oder den Bluträcher zu leisten sind. Das schi'itische Recht kennt aber noch ein weiteres Beweismittel, das das sunnitische Strafrecht ablehnt, nämlich das Wissen des Richters ('ilm al-qadi). Es war in dem früheren Gesetzbuch nur bei einer begrenzten Zahl von Taten erlaubt. Jetzt aber ist es bei allen diesen Straftaten zulässig.

Der Richter kann sein Wissen verwenden, muss aber im Urteil darlegen, worauf es beruht (Art. 211). Eine gesetzliche Erläuterung erklärt ferner, dass Grundlage dieses Wissens beispielsweise Sachverständigengutachten, Augenscheineinnahmen, Berichte von Polizeibeamten und sonstige Indizien sein könnten, die ihrer Art nach geeignet sind, Wissen zu vermitteln. Diese Formulierungen erlauben auch die Einbeziehung von allen weiteren modernen Beweismitteln, wie etwa durch Spurensicherung oder DNA-Analysen. Noch weitere Vorschriften vergrößern den Spielraum des Richters gegenüber den scheriatrechtlichen Beweismitteln. Grundsätzlich hat der Richter sein Urteil auf die scheriatrechtlichen Beweismittel zu stützen. Das gilt jedoch nicht, wenn er weiß, dass sich der Sachverhalt anders darstellt als es sich aus den scheriatrechtlichen Beweismitteln zu ergeben scheint (Art. 161). Hat der Richter etwa Indizien dafür, dass ein Geständnis nicht wahr ist, so muss er weiterermitteln (Art. 171). Ein Geständnis unter Zwang, Gewalt, Folter oder Misshandlung ist unbeachtlich (Art. 169). Dagegen kann der Richter Beweismittel, die die scheriatrecht-

lichen Voraussetzungen nicht erfüllen - also beispielsweise ist der Zeuge kein Muslim -, als Indiz werten und wenn weitere Indizien vorliegen, daraus das Wissen gewinnen, auf das er sein Urteil stützt (Art. 176). Damit erfährt das Beweisrecht auch im Bereich des islamischen Kernstrafrechts eine erhebliche Flexibilisierung.

VI. Zu den Strafen

Bei den hadd- bleiben die religiös vorgeschriebenen Strafen erhalten: Hinrichtung, Kreuzigung, Steinigung, Amputationen, Auspeitschung ebenso bei den Talionsstrafen und dem Blutgeld. Bei ta'zir-Strafen gibt es ein differenziertes System von Sanktionen von Haupt- und Nebenstrafen und Maßregeln der Besserung, wie sie international bekannt sind. Ta'zir-Strafen sind je nach ihrer Schwere in acht Kategorien eingeteilt (Art. 19). Hier gibt es keine Amputationsstrafen, auch die Todesstrafe wird nicht genannt. Sie ist demnach nur noch als hadd- oder als Talionsstrafe möglich; allerdings verweist eine Reihe von Tatbeständen im Staatsschutzbereich auf die hadd-Strafe für Kampf gegen Gott (muharaba), der mit dem Tode bestraft werden kann. Die einzige Körperstrafe, die al-ta'zir-Strafe verhängt werden kann, ist die Auspeitschung. Sie wird als relativ leichte Strafe für mittelschwere und leichte Kriminalität eingeordnet. So entsprechen beispielsweise elf bis 30 Peitschenhiebe einer Gefängnisstrafe von 91 Tagen bis sechs Monaten oder einer Geldstrafe Art. 19.

Freiheitsstrafen und Geldstrafen spielen eine große Rolle im iranischen Sanktionensystem. Da aber iranische Gefängnisse erheblich überbelegt sind,²² versucht man, Alternativen zur Freiheitsstrafe zu nutzen. Schon lange gab es die Aussetzung von Strafen zur Bewährung (Art. 46 ff) sowie die Aussetzung der Reststrafen zur Bewährung (Art. 58 ff). Das Strafvollzugsgesetz sah schon die Halfreiheit vor, die jetzt ins Strafgesetzbuch übernommen wurde (Art. 56,57), d.h. der Täter darf unter bestimmten Voraussetzungen außerhalb des Gefängnisses einer Erwerbstätigkeit nachgehen, eine Ausbildung machen, sich einer Heilbehandlung unterziehen und ähnliches. Jetzt sind im Bereich der leichteren bis mittelschweren Kriminalität auch die Möglichkeit der Aussetzung des Urteils (Art. 40) und

²² Das International Center for Prison Studies gibt zum 1.1.2020 die Häftlingszahl mit 189.000 an. Die Kapazität iranischer Gefängnisse wird für 2018 mit ca. 150.000 Gefangenen, die tatsächliche Belegung aber mit ca. 153% der Haftplätze angegeben, www.prisonstudies.org/country/iran (Letzter Aufruf: 6.5.2021).

die gemeinnützige Arbeit (Art.84) im Strafgesetzbuch vorgesehen.

Mögliche Strafen für juristische Personen sind ihre Auflösung, das Verbot bestimmter im Gesetz genannter geschäftlicher Aktivitäten, Geldstrafen, die das Doppelte bis Vierfache der Strafe betragen, die eine natürliche Person zahlen müsste, und Veröffentlichung des Urteils in den Medien (Art. 20,21).

VII. Schlussbetrachtung

Auf den ersten Blick mag das Strafgesetzbuch keine großen Veränderungen gegen über älteren Strafgesetzen in der Islamischen Republik Iran aufweisen, bei näherem Hinsehen zeigt sich doch eine Reihe bemerkenswerter Züge, besonders im Allgemeinen Teil: als wichtige Beispiele seien das Doppelbestrafungsverbot im internationalen Bereich, die Strafbarkeit der juristischen Person, das Jugendstrafrecht, die Flexibilisierung des Beweisrechts, die Diversifizierung des Sanktionensystems bei den ta'zir-Strafen, auch die Aufstockung des Blutgelds für Frauen durch eine Schadensersatzkasse genannt. International wahrgenommen wird andererseits die weiterbestehende Möglichkeit der Verhängung schwerer Körperstrafen einschließlich der Steinigung. Es bleibt zu hoffen, dass aus dem islamischen Recht heraus Wege gefunden werden, auch ihre Anwendung obsolet werden zu lassen.

Prof. Dr. Dr. h.c. Martin Paul Waßmer

Das geplante deutsche Verbandssanktionengesetz – Licht und viel Schatten

Der hochverehrten Jubilarin liegen grundlegende Fragen des Strafrechts und der Kriminalitätsbekämpfung besonders am Herzen. Anlass zu eingehender Diskussion gibt diesbezüglich das geplante deutsche Verbandssanktionengesetz, ein „Jahrhundertprojekt“, dessen Realisierung sich nach dem aktuellen Stand noch einige Zeit hinziehen dürfte.

I. Einleitung

Die Schaffung eines Unternehmensstrafrechts wird im deutschen Rechtskreis seit mehr als 200 Jahren erwogen.¹ Gegenwärtig kann gegen Unternehmen, die als juristische Personen oder Personenvereinigungen verfasst sind, eine sog. Verbandsgeldbuße nach § 30 des Ordnungswidrigkeitengesetzes (OWiG) festgesetzt werden. Hierbei handelt es sich jedoch nicht um eine strafrechtliche Sanktion. Seit der Epoche der Aufklärung gilt der Satz: „Societas delinquere non potest“. Um dies zu ändern, brachte die Bundesregierung am 21.10.2020 den „Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Integrität der Wirtschaft“² in den Bundestag ein, dessen zentraler Bestandteil das sog. „Verbandssanktionengesetz“ (VerSanG) bildet. Mitte Dezember 2020 vermeldete jedoch der NJW-Newsletter eine Blockade: Der CDU/CSU-Fraktionsvorsitzende Ralph Brinkhaus habe das Vorhaben wegen Bedenken aus der Wirtschaft gestoppt; bei der SPD stoße dies auf Unverständnis, schließlich sei kaum ein anderes Thema so konkret im Koalitionsvertrag verabredet worden wie das Verbandssanktionengesetz, für das die sozialdemokratische Justizministerin Christine Lambrecht längst einen Entwurf vorgelegt habe.³ Seitdem wurde das Gesetzesvorhaben – soweit ersichtlich – nicht fortgeführt, obwohl im September 2021 die Bundestagswahlen stattfinden werden und sich damit die Legislaturperiode dem Ende zuneigt. Vor dem Hintergrund, dass die Politik sich aktuell

¹ Hierzu *Waßmer*, Unternehmensstrafrecht – quo vadis?, ZWH 2018, 233 ff.

² BT-Drs. 19/23568.

³ *Jahn*, NJW-Newsletter vom 16.12.2020, <https://rsw.beck.de/aktuell/daily/njw-im-ueberblick/njw-newsletter>.

auf die Bewältigung der COVID-19-Pandemie konzentriert, mag das nicht verwundern – zumal nach dem Gesetzentwurf Unternehmen deutlich höhere Sanktionen als bisher drohen, stärkere Belastungen für die durch die Pandemie angeschlagene Wirtschaft aber vermieden werden sollen. Mitverantwortlich für die Blockade dürfte jedoch auch der Umstand sein, dass der Gesetzentwurf nicht nur in Wirtschaft und Politik, sondern auch in der Strafrechtswissenschaft auf erhebliche Vorbehalte stößt.

II. Chronologie des Verbandssanktionengesetzes

Das aktuelle Gesetzesvorhaben reicht bis in das Jahr 2013 zurück. Rechtspolitisch war damals der Druck auf Deutschland stark gewachsen, das bestehende Instrumentarium der Unternehmenssanktionierung grundlegend zu reformieren. Mittlerweile hatten zahlreiche europäische Staaten, darunter Österreich und die Schweiz, ein mehr oder weniger stark ausgeprägtes Unternehmensstrafrecht geschaffen.⁴ Die OECD hatte Deutschland empfohlen, die Wirksamkeit seines Sanktionensystems für juristische Personen kritisch zu prüfen.⁵ Eine Befragung der Staatsanwaltschaften Nordrhein-Westfalens zeigt große Defizite in der Anwendung des § 30 OWiG auf.⁶ Der nordrhein-westfälische Justizminister Thomas Kutschaty (SPD) legte daraufhin im September 2013 den Entwurf eines „Verbandsstrafgesetzbuchs (VerbStrG)“⁷ vor, der sich am österreichischen „Bundesgesetz über die Verantwortlichkeit von Verbänden für Straftaten“ (Verbandsverantwortlichkeitsgesetz, VbVG)⁸ orientierte. Im Dezember 2013 kündigte die von Angela Merkel geführte „schwarz-rote“ Große Koalition (CDU, CSU, SPD) immerhin an, ein „Unternehmensstrafrecht für

⁴ Aktueller Überblick bei Rogall, in Karlsruher Kommentar zum OWiG, 5. Aufl. 2018, § 30 Rn. 263 ff.

⁵ OECD, Arbeitsgruppe für Bestechungsfragen, Deutschland, Phase 3, Bericht über die Anwendung des Übereinkommens über die Bekämpfung der Bestechung ausländischer Amtsträger im internationalen Geschäftsverkehr und der Empfehlung des Rats zur weiteren Bekämpfung der Bestechung ausländischer Amtsträger im internationalen Geschäftsverkehr vom 17.3.2011, S. 87.

⁶ Kutschaty, Deutschland braucht ein Unternehmensstrafrecht, ZRP 2012, 74 ff.

⁷ Abrufbar unter <https://www.strafrecht.de/media/files/docs/Gesetzentwurf.pdf>.

⁸ Österreichisches BGBl. I Nr. 151/2005.

multinationale Konzerne“ zu „prüfen“.⁹ Bis zum Ende der Legislaturperiode wurde jedoch der nordrhein-westfälische Entwurf nicht aufgegriffen. Dies harmoniert damit, dass er in der Strafrechtswissenschaft auf scharfe Ablehnung¹⁰ stieß.

Im Februar 2018 unternahm die wiedergewählte Große Koalition einen neuen Anlauf und stellte erneut die Reform des Sanktionenrechts für Unternehmen in Aussicht.¹¹ Die Formulierungen im neuen Koalitionsvertrag erinnerten hierbei an den „Kölner Entwurf eines Verbandssanktionengesetzes“ (VbSG),¹² den eine Expertengruppe aus Wissenschaft, Justiz, Rechtsanwaltschaft und Ministerialverwaltung zwischenzeitlich ausgearbeitet und im Dezember 2017 der Öffentlichkeit vorgestellt hatte.¹³

Rund 1 ½ Jahre später, im August 2019, präsentierte Bundesjustizministerin Christine Lambrecht auf einer Pressekonferenz den Referentenentwurf eines „Gesetzes zur Bekämpfung der Unternehmenskriminalität“,¹⁴ dessen Kern das „Verbandssanktionengesetz“ (VerSanG) war. Der Entwurf wurde jedoch nicht veröffentlicht. Erst am 21.4.2020 wurde der (offizielle) Referentenentwurf in Umlauf gebracht und um Stellungnahme gebeten. Das Gesetz firmierte nunmehr unter dem Titel „Gesetz zur Stärkung der Integrität in der Wirtschaft“ und enthielt eine modifizierte Fassung des Verbandssanktionengesetzes.¹⁵ Bereits am 16.6.2020 und damit nur wenige Tage nach Ablauf der Frist zur Stellungnahme wurde der inhaltlich weitgehend unveränderte Regierungsentwurf veröffentlicht. Eine Auseinandersetzung mit den zahlreichen kritischen Stellungnahmen, die

⁹ Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 18. Legislaturperiode, Deutschlands Zukunft gestalten, S. 101.

¹⁰ Siehe nur Schünemann, Die aktuelle Forderung eines Verbandsstrafrechts – Ein kriminalpolitischer Zombie, ZIS 2014, 7 ff.

¹¹ Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 19. Legislaturperiode, Ein neuer Aufbruch für Europa. Eine neue Dynamik für Deutschland. Ein neuer Zusammenhalt für unser Land, für Europa, S. 126.

¹² Abrufbar unter <https://verbandsstrafrecht.jura.uni-koeln.de/koelner-entwurf>.

¹³ Zu den Eckpunkten *Henssler/Hoven/Kubiciel/Weigend*, Kölner Entwurf eines Verbandssanktionengesetzes, NZWiSt 2018, 1 ff.

¹⁴ Abrufbar unter <https://www.steuerberater-center.de/59798.htm>.

¹⁵ Abrufbar unter https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/Staerkung_Integritaet_Wirtschaft.html.

bis dahin eingetroffen waren,¹⁶ hatte offenbar nicht stattgefunden.

Angesichts dessen überrascht es nicht, dass der dem Bundesrat im August 2020 gemäß Art. 76 Abs. 2 GG zugeleitete Gesetzentwurf¹⁷ auf Widerstand stieß. Der federführende Rechtsausschuss und der Wirtschaftsausschuss empfahlen gar die Generalablehnung. Das Recht der Sanktionierung von Verbänden bedürfe zwar „der (behutsamen und umsichtigen) Überarbeitung [...], die vorgeschlagene Neuregelung geh[e] jedoch deutlich über einen bestehenden Korrekturbedarf des geltenden Rechts hinaus und hätte erkennbar massive und kaum zu bewältigende Mehrbelastungen für die Strafjustiz zur Folge.“¹⁸ Die Mehrheit des Bundesrates wollte in der Sitzung vom 18.9.2020 jedoch nicht so weit gehen. Obwohl der nordrhein-westfälische Justizminister Peter Biesenbach (CDU) in der – einzigen – Wortmeldung die „gesamte Konstruktion“ des Gesetzentwurfs, der „unter offener Missachtung der Länder“ zustande gekommen sei, als „verfehlt“ und „missglückt“ bezeichnete und anführte, das Gesetz werde „im Ergebnis das Vertrauen in den Rechtsstaat, die Neutralität der Strafverfolgung und die Integrität der Wirtschaft nicht stärken, sondern diese untergraben“,¹⁹ fand die vorgeschlagene Ablehnung nicht die erforderliche absolute Mehrheit. Allerdings wurde die Bundesregierung gebeten zu prüfen, inwieweit die vorgesehene Verbandsverantwortlichkeit und die bei Verbandstaten vorgesehenen Sanktionen für kleine und mittlere Unternehmen verhältnismäßig ausgestaltet seien; zudem wurde die grundsätzliche Überarbeitung des verfahrensrechtlichen Teils angeregt, um die Sanktionsverfahren effektiver und weniger missbrauchsanfällig auszugestalten und einer drohenden Überlastung der Justiz vorzubeugen.²⁰ Bereits wenige Wochen später, am 21.10.2020, brachte die Bundesregierung den Gesetzentwurf unverändert in den Bundestag ein. In einer knappen Gegenäußerung zu der umfangreichen Stellungnahme des Bundesrates verwarf die Bundesregierung die meisten Vorschläge und stellte

¹⁶ Die mehr als 60 Stellungnahmen, die bis September 2020 eingingen, sind abrufbar unter https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/Staerkung_Integritaet_Wirtschaft.html; einen Überblick geben von *Busekist/Izrailevych*, Verbandsanktonengesetz: Was kritisieren eigentlich die Verbände – Ein kurzer Abriss, CCZ 2021, 40 ff.

¹⁷ BR-Drs. 440/20.

¹⁸ BR-Drs. 440/1/20, S. 1.

¹⁹ BR-Plenarprotokoll 993, Top 46, S. 321 f.

²⁰ Pressemitteilung des Bundesrates vom 18.9.2020, <https://www.bundesrat.de/DE/plenum/bundesrat-kompakt/20/993/993-node.html>.

die Prüfung der übrigen in Aussicht.²¹

III. Eckpunkte des Entwurfes des Verbandssanktionengesetzes

Das geplante VerSanG ist in 69 Paragraphen untergliedert und enthält sowohl Regelungen zum materiellen Recht als auch zum Verfahrensrecht. Die Gesetzesbegründung bewertet die Einführung als „alternativlos“: Mit der Verbandsgeldbuße des § 30 OWiG sei keine angemessene Reaktion auf Unternehmenskriminalität möglich; die Höchstgrenze des Ahndungsteils von 10 Mio. € lasse gegenüber finanzkräftigen multinationalen Konzernen keine empfindliche Sanktion zu; konkrete und nachvollziehbare Zumessungsregeln würden ebenso fehlen wie rechtssichere Anreize für Investitionen in Compliance; die Verfolgung stehe allein im Ermessen der zuständigen Behörden, was zu einer uneinheitlichen und unzureichenden Ahndung geführt habe.²²

Die Frage ist allerdings, ob es dem VerSanG in der Fassung des Gesetzentwurfs gelingen wird, die Defizite des geltenden Rechts hinsichtlich Struktur, Anwendung und Vollzug zumindest abzumildern, ohne zugleich erhebliche neue Defizite aufzutun. Hieran bestehen große Zweifel.

1. Allgemeines Konzept

Bereits die Bezeichnung als „Verbandssanktionengesetz“ ist verfehlt, da sie suggeriert, dass es sich um kein Unternehmensstrafrecht handelt, sondern neben dem Individualstrafrecht und dem Ordnungswidrigkeitenrecht eine dritte Kategorie²³ eingeführt werden soll. Dies ist aber ein „Etikettenschwindel“, mit dem wohl den dogmatischen Vorbehalten gegenüber der Strafbarkeit juristischer Personen Rechnung getragen und die rechtspolitische Durchsetzung erleichtert werden soll. Denn das Verbandssanktionengesetz hat einen strafrechtlichen Charakter. Die empfindlichen „Verbandssanktionen“ (§ 8 VerSanG-E) sind verschuldensabhängig, haben repressiven sowie präventiven Charakter und sollen in einem „Sanktionsverfahren“ (§ 23 ff. VerSanG-E) gemäß dem Legalitätsprinzip

²¹ Siehe BT-Drs. 19/23567, S. 131-143 (Stellungnahme des Bundesrates) und S. 144 f. (Gegenäußerung der Bundesregierung).

²² BT-Drs. 19/23567, S. 2, 45.

²³ Krit. („Polizeirecht“) *Rostalski*, Neben der Spur: Verbandssanktionengesetzgebung auf Abwegen, NJW 2020, 2087 ff.

durch Staatsanwaltschaften angeklagt, durch Strafgerichte verhängt und in ein Verbandssanktionenregister (§§ 54 ff. VerSanG-E) eingetragen werden. Nicht ersichtlich ist daher, wie der „Übergang zu einem Unternehmensstrafrecht“ aussehen soll, der in Aussicht gestellt wird, wenn die künftige Evaluierung, die fünf Jahre nach dem Inkrafttreten des Gesetzes vorgenommen werden soll, zeigen sollte, dass die Regelungen keine ausreichende staatliche Reaktion auf Verbandskriminalität darstellen.²⁴

Kritisch ist weiter der vorgesehene Regelungsbereich (§ 1 VerSanG-E) zu sehen. Danach regelt das Gesetz ausschließlich die Sanktionierung von Verbänden, deren Zweck auf einen „wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb“ gerichtet ist. Gegenüber allen anderen Verbänden sollen auch weiterhin nur Verbandsgeldbußen nach § 30 OWiG festgesetzt werden können. Der inoffizielle Referentenentwurf vom August 2019 hatte eine derartige Beschränkung nicht vorgesehen. Dieser Regelungsbereich ist einerseits zu eng, da auch Idealvereine wirtschaftlich tätig werden dürfen, sofern es sich um eine untergeordnete, den idealen Hauptzwecken dienende wirtschaftliche Betätigung im Rahmen des sog. Nebenzweckprivilegs handelt. Hinzu kommt, dass ein Idealverein auch bei einem Geschäftsbetrieb, der nach Art und Umfang über einen Nebenzweck hinausgeht, seinen Status wahren kann, indem er den Betrieb in einen eigenständigen Zweckbetrieb auslagert.²⁵ Andererseits ist der Regelungsbereich zu weit, da alle kleinen Unternehmen einbezogen werden. Das VerSanG soll aber vor allem deshalb geschaffen werden, um große Unternehmen und multinationale Konzerne angemessen zu sanktionieren. Bei kleinen Unternehmen ist die kostspielige Integration komplexer Compliance-Strukturen und die Durchführung aufwendiger interner Untersuchungen regelmäßig nicht erforderlich.²⁶

Zu kritisieren ist weiter das Konzept der Verantwortlichkeit. Das VerSanG folgt zwar mit Recht nicht dem Modell der originären Verbandsverantwortlichkeit, da nur Menschen „originär“ schuldhaft handeln können,²⁷ sondern beruht – wie § 30 OWiG – auf dem Zurechnungsmodell, bei dem das schuldhafte Verhalten von Menschen dem Verband als eigenes zugerechnet wird. Dem Verschulden von Menschen wird damit eine kollektive Bedeutung in Form eines „Verbandsverschuldens“ zugeschrieben.

²⁴ BT-Drs. 19/23568, S. 63.

²⁵ BGH, Urteil vom 29.9.1982 – I ZR 88/80 – NJW 1983, 569.

²⁶ Köllner/Mück, Strafjustiz als Compliance-Regulierungsbehörde?, NZI 2018, 311, 314 f.

²⁷ Waßmer, Unternehmensstrafrecht – quo vadis?, ZWH 2018, 233, 237 m.w.N.

Hierbei geht das VerSanG aber über das bestehende Recht weit hinaus. Wie bei § 30 OWiG knüpft die Verantwortlichkeit zunächst an die schuldhaftige Begehung einer verbandsbezogenen Straftat durch eine Leitungsperson an (§ 3 Abs. 1 Nr. 1 VerSanG-E). Darüber hinaus soll die Verantwortlichkeit aber auch dann bestehen, wenn eine Nicht-Leitungsperson („jemand“) eine Verbandstat begangen hat und eine Leitungsperson diese durch angemessene Vorkehrungen hätte „verhindern oder wesentlich erschweren“ können (§ 3 Abs. 1 Nr. 2 VerSanG-E). Hierbei soll es nach der Gesetzesbegründung aber nicht erforderlich sein, dass die Leitungsperson die Vorkehrungen „vorsätzlich oder fahrlässig“ unterlassen hat, da die Verbandsverantwortlichkeit an die „volldeliktisch begangene Verbandstat“ anknüpft; das Unterlassen von Vorkehrungen soll (lediglich) „objektiv“ festzustellen sein.²⁸ Damit würde eine Gefährdungshaftung des Verbands im Sinne der vicarious liability des US-amerikanischen Rechts eingeführt.²⁹ Im deutschen Strafrecht ist eine derart weite Verantwortlichkeit, die zivilrechtlichen Haftungsstrukturen folgt, als Verstoß gegen den Schuldgrundsatz zu bewerten: Da der Verband nur durch seine Leitungspersonen gesteuert wird, kann dem Verband nur deren Verhalten als eigenes zugerechnet werden. Daher setzt die Verbandsgeldbuße des §30 OWiG in den Fällen der deliktischen Zuwiderhandlung einer Nicht-Leitungsperson voraus, dass diesbezüglich eine vorsätzliche oder fahrlässige Aufsichtspflichtverletzung (§ 130 OWiG) einer Leitungsperson vorliegt. Auch nach dem Kölner Entwurf sollte die Verantwortlichkeit ausschließlich an das schuldhafte Verhalten von Leitungspersonen anknüpfen.³⁰ Es stellt bereits eine ausreichende Extension dar, dass im VerSanG – wie bei § 130 OWiG – die sog. Risikoerhöhungslehre verankert werden soll, da die Verbandsverantwortlichkeit bereits dann bestehen wird, wenn angemessene Vorkehrungen die Begehung der Verbandstat durch die Nicht-Leitungsperson hätten „wesentlich erschweren“ können.

2. Verbandssanktionen

Als Verbandssanktionen sind die Verbandsgeldsanktion (§ 8 Nr. 1

²⁸ BT-Drs. 19/23567, S. 69.

²⁹ Siehe nur *Eggers*, „Ich weiß nicht, was soll es bedeuten“ – Update zum Unternehmensstrafrecht, BB 2019, 3010, 3011.

³⁰ Henssler/Hoven/Kubiciel/Weigend, Kölner Entwurf eines Verbandssanktionengesetzes, NZWiSt 2018, 1, 9.

VerSanG-RefE) und die Verwarnung mit Verbandsgeldsanktionsvorbehalt (§ 8 Nr. 2 VerSanG-RefE) vorgesehen. Die Höhe der Verbandsgeldsanktion (§ 9 VerSanG-RefE), die ausschließlich der Ahndung dient, soll sich nach dem Jahresumsatz des Verbands sowie der Begehungsform richten. Bei einem Verband mit einem durchschnittlichen Jahresumsatz bis zu 100 Mio. € verbleibt es bei dem von § 30 OWiG bekannten Rahmen: Bei vorsätzlichen Verbandstaten beträgt die Verbandsgeldsanktion mindestens 1.000 und höchstens 10 Mio. €, bei fahrlässigen Verbandstaten mindestens 500 und höchstens 5 Mio. € (§ 9 Abs. 1 Nr. 1 und 2). Dagegen wird die Verbandsgeldsanktion bei einem durchschnittlichen Jahresumsatz von mehr als 100 Mio. € bei Vorsatztatens mindestens 10.000 € und höchstens 10 % des Jahresumsatzes, bei Fahrlässigkeitstatens mindestens 5.000 € und höchstens 5 % des Jahresumsatzes betragen. Damit können künftig auch gegenüber Großunternehmen sehr empfindliche Verbandsgeldsanktionen ausgesprochen werden, was bisher nicht möglich war. In der VW-Abgasaffäre konnte die festgestellte fahrlässige Aufsichtspflichtverletzung im Ahndungsteil nur mit einer Verbandsgeldbuße von 5 Mio. € sanktioniert werden, obwohl insoweit der Bußgeldrahmen des § 30 OWiG gegenüber der Volkswagen AG ausgeschöpft wurde.³¹ Die übrigen 995 Mio. € dienten der Abschöpfung wirtschaftlicher Vorteile, die nach dem VerSanG künftig in Form der Einziehung des aus der Verbandstat Erlangten neben der Verbandssanktion nach den §§ 73 ff. StGB erfolgen soll.³²

Zu kritisieren ist allerdings das sehr hohe Höchstmaß der Verbandsgeldsanktion von 10 bzw. 5 % des durchschnittlichen Jahresumsatzes, das die Existenz bedrohen kann.³³ Während in klassischen Industriebereichen der Umsatz über die Masse erzielt wird und oft sehr niedrige Gewinnmargen erzielt werden, können die Margen etwa in der IT-Industrie sehr hoch ausfallen. Damit besteht für Branchen mit geringen Gewinnmargen ein unverhältnismäßig hoher Sanktionsrahmen, während er für andere Branchen zu niedrig sein kann. Die Ertragslage³⁴ soll über die „wirtschaftlichen

³¹ Siehe die Pressemitteilung der Staatsanwaltschaft Braunschweig vom 13.6.2018, abrufbar unter <https://staatsanwaltschaft-braunschweig.niedersachsen.de/startseite/aktuelles/presseinformationen/vw-muss-bugeld-zahlen-174880.html>.

³² BT-Drs. 19/23568, S. 68.

³³ *Rübenstahl*, Zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung der Unternehmenskriminalität – Punitives und „abspracheförderndes“ Verbandssanktionenrecht (Teil 1), ZWH 2019, 233, 239 f.

³⁴ BT-Drs. 19/23568, S. 80.

Verhältnisse“ des Verbands (§ 15 Abs. 2 S. 1 VerSanG-RefE) erst bei der Bemessung der Verbandsgeldsanktion Berücksichtigung finden. Hierbei sollen die für und gegen den Verband sprechenden Umstände gegeneinander abgewogen werden, und zwar insbesondere: der Vorwurf, der den Täter trifft; Beweggründe und Ziele; Gewicht, Ausmaß und Dauer der Verbandstat; Art der Ausführung; Auswirkungen; Vortaten; zuvor getroffene Vorkehrungen zur Vermeidung und Aufdeckung von Verbandstaten (§15 Abs. 3 Nr. 1 bis 8 VerSanG-E). Das Ziel, konkrete und nachvollziehbare Zu-messungsregeln zu schaffen, wird durch diesen offenen Katalog von Zu-messungsfaktoren allerdings nicht ohne Weiteres erreicht werden. Leitlinien – wie die „Sentencing Guidelines“ in den USA oder die „Bußgeldleitlinien“ für die Sanktionen nach dem Wertpapierhandelsgesetz³⁵ – fehlen. Zudem müssen die Gerichte bei der Konkretisierung des Bußgeldrahmens sehr behutsam vorgehen, um die Existenz der Unternehmen nicht zu gefährden. Zu befürchten ist – wie bei der Verbandsgeldbuße des § 30 OWiG – eine uneinheitliche praktische Handhabung.

Kritik verdient es weiter, dass bei der Ermittlung des durchschnittlichen Jahresumsatzes des Verbands der „weltweite Umsatz aller natürlichen Personen und Verbände der letzten drei Geschäftsjahre“ zugrunde zu legen ist, soweit diese mit dem Verband als „wirtschaftliche Einheit“ operieren. Diese Regelung soll eine angemessene Sanktion in Konzernstrukturen sicherstellen, allerdings kann dadurch das Höchstmaß der Verbandssanktion im Einzelfall sehr hoch ausfallen. Es geht jedoch über das Ziel einer angemessenen Sanktionierung weit hinaus, dass der Umsatz des gesamten Konzernverbundes für den Sanktionsrahmen maßgebend sein soll, obwohl nicht der gesamte Verbund, sondern nur die einzelne Gesellschaft, zu deren Gunsten die Verbandstat begangen wurde, für die Verbandstat einzustehen hat.³⁶ Damit haftet der gesamte Konzernverbund – mittelbar – für alle Gesellschaften, obwohl es sich um eigenständige Einheiten handeln kann und die Einflussmöglichkeiten der Konzernleitung rechtlich wie faktisch begrenzt sein können. Mit dem Schuldprinzip ist dies nur dann vereinbar, wenn die Leitungspersonen der Muttergesellschaft für die jeweilige Verbandstat nachweislich mitverantwortlich sind.

Aufgegeben werden sollte schließlich die vorgesehene öffentliche

³⁵ Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin), Bußgeldleitlinien I und II, abrufbar unter www.bafin.de.

³⁶ Geiger, Der Entwurf eines Verbandssanktionengesetzes – Eine erste Manöverkritik, medstra 2019, 321, 322.

Bekanntmachung der Verurteilung des Verbands (§ 14 VerSanG-E), die auf ein „naming and shaming“ hinausläuft.³⁷ Durch diesen „Pranger“ werden die Verbände unter Druck gesetzt, die mit der Veröffentlichung drohenden Reputationsschäden unter allen Umständen zu vermeiden.

3. Verfahrensregelungen, insbesondere Internal Investigations

Den bei § 30 OWiG vorhandenen Anwendungs- und Vollzugsdefiziten, die in der Geltung des Opportunitätsprinzips (§ 47 OWiG) wurzeln, soll vor allem die Einführung des Legalitätsprinzips abhelfen. Dies ist konsequent, da die Strafverfolgungsbehörden bei der Begehung von Verbandstaten ohnehin Strafverfahren gegen die jeweils verantwortlichen natürlichen Personen führen. Durch die gemeinsame Verfolgung können Synergieeffekte erzielt werden.³⁸ Allerdings könnte sich die Einführung des Legalitätsprinzips als bloße Symbolik³⁹ erweisen, da der Entwurf vielfältige Einstellungsmöglichkeiten (§§ 35 ff. VerSanG-RefE) vorsieht, von denen in der Praxis rege Gebrauch gemacht werden wird.⁴⁰ Zudem dürfte die Drohung mit einem öffentlichen Strafverfahren dazu führen, dass sehr häufig eine konsensuale Verfahrenserledigung erfolgt.

Kritisch ist es zu sehen, dass auf das Sanktionsverfahren die allgemeinen Vorschriften für das Strafverfahren grundsätzlich entsprechende Anwendung finden sollen (§ 24 VerSanG-E). Der Bundesrat befürchtet hierdurch – gerade an wirtschaftsstarken Standorten – eine Überlastung der Strafjustiz, zumal Wirtschaftsstrafverfahren in den Fällen der Konfliktverteidigung bereits heute sehr lange dauern.⁴¹ Er befürwortet daher die Einrichtung besonders besetzter Spruchkörper und – soweit die Beteiligung ehrenamtlicher Richter unerlässlich erscheint – den Einsatz von Personen mit spezifischen Fachkenntnissen.⁴² In jedem Fall dürfte es

³⁷ *Rotsch/Mutschler/Grobe*, Der Regierungsentwurf zum Verbandssanktionengesetz – kritische Analyse und Ausblick, CCZ 2020, 169, 182.

³⁸ BT-Drs. 19/23568, S. 3, 62.

³⁹ *Baur/Holle*, Entwurf eines Verbandssanktionengesetzes – Eine erste Einordnung, ZRP 2019, 186, 187.

⁴⁰ *Rübenstahl*, Zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung der Unternehmenskriminalität - Punitives und abspracheförderndes“ Verbandssanktionenrecht (Teil 2), ZWH 2019, 265, 270.

⁴¹ Stellungnahme des Bundesrates, BT-Drs. 19/23568, S. 131, 139.

⁴² Stellungnahme des Bundesrates, BT-Drs. 19/23568, S. 131, 139; ablehnend die Ge-

angezeigt sein, die knappen personellen Ressourcen der Strafverfolgungsbehörden künftig deutlich aufzustocken.

Das VerSanG soll insbesondere auch Anreize für die Durchführung von internen Untersuchungen und für Compliance-Maßnahmen setzen.⁴³ Zu großer Verunsicherung hatte insoweit der Jones-Day-Beschluss des BVerfG⁴⁴ geführt. Im Zuge der Abgasaffäre war die Wirtschaftskanzlei Jones Day vom VW-Konzern mit internen Untersuchungen beauftragt worden. Die Staatsanwaltschaft München II ließ daraufhin nicht nur die VW-Tochter Audi, sondern auch Jones Day durchsuchen und Unterlagen beschlagnahmen. Das BVerfG erließ zunächst einstweilige Anordnungen,⁴⁵ ging aber letztlich davon aus, dass das Beschlagnahmeverbot des § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO nur für das Vertrauensverhältnis zum Beschuldigten gilt, VW jedoch in dem Ermittlungsverfahren gegen Audi kein Beschuldigter gewesen sei; auch an einer beschuldigtenähnlichen Stellung habe es gefehlt, da es hierfür nicht ausreiche, dass ein Unternehmen eine interne Untersuchung in Auftrag gebe.⁴⁶ Konsequenz ist, dass ein Unternehmen gesellschaftsrechtlich verpflichtet sein kann, interne Ermittlungen durchzuführen und damit eine belastende Faktenlage zu schaffen, die dann gegen das Unternehmen verwendet werden kann. Um diesem Dilemma abzuweichen, sah der „Kölner Entwurf“ für Aufzeichnungen über interne Untersuchungen ein Beschlagnahmeverbot und für Angaben, die Zeugen bei einer Befragung im Rahmen einer internen Untersuchung gemacht hatten, eine Widerspruchslösung vor. Damit sollte vermieden werden, dass die verbandsinterne Untersuchung zu einer „Materialsammlung für die Anklagebehörde“ wird.⁴⁷ Schützende Regelungen, die sich die Praxis

genäußerung der Bundesregierung, BT-Drs. 19/23568, S. 144, 145.

⁴³ Stellungnahme des Nationalen Normenkontrollrates gem. § 6 Absatz 1 NKRK, BT-Drs. 19/23568, S. 125, 126.

⁴⁴ BVerfG (3. Kammer des Zweiten Senats), Beschluss vom 27.6.2018 – 2 BvR 1405/17, 2 BvR 1780/17 – NJW 2018, 2385 ff.

⁴⁵ BVerfG (3. Kammer des Zweiten Senats), Beschluss vom 25.7.2017 – 2 BvR 1405/17 – BeckRS 2017, 118442; Beschluss vom 25.7.2017 – 2 BvR 1287/17, 2 BvR 1583/17 – NJW 2017, 2816.

⁴⁶ BVerfG (3. Kammer des Zweiten Senats), Beschluss vom 27.6.2018 – 2 BvR 1405/17, 2 BvR 1780/17 – NJW 2018, 2385, 2387 ff.

⁴⁷ Weigend/Hoven, Der Kölner Entwurf eines Verbandssanktionengesetzes, ZRP 2018, 30, 33.

in Anlehnung an das US-amerikanische Recht erhofft hatte,⁴⁸ sieht der Entwurf des VerSanG jedoch nicht vor. Vielmehr soll die vorgesehene Änderung des § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO das Beschlagnahmeverbot explizit auf das Vertrauensverhältnis zu einem Beschuldigten beschränken, um klarzustellen, dass für eine vorangegangene Sachverhaltsaufklärung gerade kein Beschlagnahmeschutz besteht. Im Rahmen von internen Untersuchungen angefertigte anwaltliche Arbeitsprodukte wären damit weitgehend schutzlos.⁴⁹

Kritik verdient schließlich der Umstand, dass die Voraussetzungen für die Milderung der Verbandssanktion (§ 17 VerSanG-E) außerordentlich hoch sind⁵⁰ und selbst dann die Sanktion nur um 50 % (§ 18 VerSanG-RefE) gemildert werden „soll“. Dafür muss der Verband nicht nur „wesentlich“ zur Aufklärung der Verbandstat beigetragen, sondern auch „ununterbrochen und uneingeschränkt“ mit den Verfolgungsbehörden zusammengearbeitet haben, das „Ergebnis der verbandsinternen Untersuchung einschließlich aller für die verbandsinterne Untersuchung wesentlichen Dokumente“ sowie den „Abschlussbericht“ zur Verfügung stellen und die Befragungen in der verbandsinternen Untersuchung – was zu dokumentieren ist – (§ 17 Abs. 2 VerSanG-E) „unter Beachtung der Grundsätze eines fairen Verfahrens“ durchgeführt haben (§ 17 Abs. 1 Nr. 1, 3, 4, 5 VerSanG-E). Schließlich dürfen die Personen, welche die verbandsinternen Untersuchungen durchführen, nicht Verteidiger des Verbands oder eines Beschuldigten sein, dessen Verbandstat dem Sanktionsverfahren zugrunde liegt (§ 17 Abs. 1 Nr. 2 VerSanG). In dieser personellen Trennung zwischen der Führung der verbandsinternen Untersuchungen und der Verteidigung des Verbands spiegelt sich nicht nur ein großes Misstrauen gegenüber Rechtsanwälten (und damit gegenüber „Organen der Rechtspflege“) wider, sondern durch die künstliche Trennung entsteht ein erheblicher Mehraufwand, da der Verteidiger ebenfalls Untersuchungen durchführen muss.⁵¹

⁴⁸ *Priewer/Ritzenhoff*, Das Verhältnis von interner Untersuchung und (Unternehmens-) Verteidigung, WiJ 2019, 166, 172.

⁴⁹ *Rotsch/Mutschler/Grobe*, Der Regierungsentwurf zum Verbandssanktionengesetz – kritische Analyse und Ausblick, CCZ 2020, 169, 181.

⁵⁰ Krit. *Tsambikakis/Gierok*, Der Ref-E zur Einführung eines Verbandssanktionengesetzes, medstra 2020, 205, 211.

⁵¹ *Kämpfer/Travers/Schwerdtfeger*, Unternehmensverteidigung unter Geltung des Verbandssanktionengesetzes, NZG 2020, 848, 852; *Schmitz*, Das neue Unternehmensstraf-

IV. Zusammenfassung und Ausblick

Die Einführung eines deutschen Unternehmens- bzw. Verbandsstrafrechts ist grundsätzlich zu begrüßen, da die Eindämmung der Unternehmenskriminalität mit dem bestehenden Instrumentarium des Ordnungswidrigkeitenrechts an Grenzen stößt. Das neue „Verbandsstrafgesetzbuch“ könnte viele Defizite beseitigen. Von ihm würde aufgrund der Geltung des Legalitätsprinzips nicht nur eine gleichmäßigere kriminalitätsdämpfende Wirkung ausgehen, sondern es würde auch dem Umstand Rechnung getragen, dass nur eine Verbandsstrafaktion den Unrechts- und Schuldgehalt von verbandsbezogenen Straftaten und die gesellschaftliche Verantwortung der Verbände angemessen widerspiegelt. Andererseits leidet der Gesetzentwurf an grundlegenden Schwächen: Sein Regelungsbereich ist einerseits zu eng, andererseits zu weit; die vorgesehene Gefährdungshaftung für alle Verbandsangehörigen verstößt gegen den strafrechtlichen Schuldgrundsatz; für die Bemessung der Verbandsstrafaktionen fehlen konkrete Vorgaben, um den sehr breiten Sanktionsrahmen gleichmäßig auszufüllen; die öffentliche Bekanntmachung der Verurteilung des Verbands ist überzogen; ein Beschlagnahmeschutz für interne Untersuchungen fehlt; die Anforderungen für die Milderung der Verbandsstrafaktion sind zu hoch; die personelle Trennung zwischen Verteidigung und verbandsinterner Untersuchung ist verfehlt. Damit das künftige Verbandsstrafgesetzbuch die ihm zugewiesenen Aufgaben erfüllen kann, bedarf der gesamte Entwurf einer grundlegenden Überarbeitung. Bis dahin gilt: besser kein Gesetz als ein schlechtes Gesetz!

recht – Geld und Unterwerfung, Wj 2019, 154, 157; Ströhm, Der Referentenentwurf des Verbandsstrafgesetzbuchs – Anspruch und Wirklichkeit, ZIP 2020, 105, 110.

კომპიუტერული უზრუნველყოფა
თამარ სტეფნაძე

გამომცემლობა „მერიდიანი“,
ალ. ყაზბეგის გამზ. №47

E – mail: meridiani777@gmail.com ტ. 239-15-22